Di. X. 49

J. p.
o
92a

Versuch
über
den rechtlichen Werth
des
Gerichtsgebrauchs
sowohl
an den deutschen Territorial-
als
höchsten Reichsgerichten.

Von

Ernst August Haus
Dr. der Rechte, Hochfürstl. Würzburgischen wirklichen
Hof- und Regierungsrath.

Erlangen,
bey Johann Jakob Palm,
1798.

Nihil magis praeſtandum eſt, quam ne, pecorum ritu, ſequamur antecedentium gregem, pergentes, non qua eundem eſt, ſed qua itur. Atqui nulla res majoribus nos implicat malis, quam quod ad rumorem componimus, optima rati ea, quae magno adſenſu recepta ſunt, quorumque exempla nobis multa ſunt, — et dum unusquisque mavult credere; quam judicare, nunquam de vita judicatur, ſemper creditur.

SENECA, *de vita beata*

Staats-
Bibliothek
Bamberg

Vorrede.

Diese Bogen waren bereits niedergeschrieben, als die traurige politische Krise, die schon eine Reihe ausserordentlicher Eräugnisse herbeygeführt hat, auch Deutschlands Verfassung mit wichtigen Veränderungen zu bedrohen anfieng. Deutschlands Loos mag aber fallen, wie es will, so werden solche Betrachtungen ihr Interesse nicht verlieren, deren Resultate auf die Veredelung des ersten Zweigs der Staatsverwaltung, der Rechtspflege, einen nicht unbedeutenden Einfluß haben. Die Entwicklung rechtlicher Kontroversen wirft oft den reichsten Gewinn darin ab, daß die Aufmerksamkeit auf die Lücke oder den unhaltbaren Boden manches Gesetzes, oder mancher Gewohnheit mehr gewecket, und dadurch nicht selten eine zweckmäßigere und

wohlthätigere Gesetzgebung befördert wird — Aus diesem Gesichtspunkte schienen mir lange schon die Gründe für und gegen den Gerichtsgebrauch einer sorgfältigern Erwägung würdig, damit die schwache rechtliche Seite einer fast tyrannisch herrschenden Meinung sich mehr entfalte, deren beabsichtete politische Vortheile zu theuer erkauft, durch eine thätigere Privatgesetzgebung weit besser erlangt würden. Fern von der eitlen Anmassung, dem Publikum in der Ausführung dieses Gegenstandes etwas ganz Vollkommenes geliefert zu haben, bin ich vielmehr überzeugt, daß dem künftigen Bearbeiter eine fruchtbare Nachlese von Bemerkungen übrig bleibt, und daß die Materie auch noch eine noch mehr systematische Behandlung vertragen wird. *)

*) Zu dieser Hofnung berechtiget allerdings das Versprechen, welches der verehrungswürdige Hr. geh. Justizrath Klein in der Vorrede zum zweyten Theile seiner Rechtsfälle (1797) in Hinsicht dieser Materie gethan hat.

In wie weit ich meines Theils auf einiges Verdienst hierin Anspruch machen darf, — in wie weit ich der Wahrheit, meinem einzigen Ziele, mich genähert habe, überlasse ich der Entscheidung des sachkundigen Beurtheilers, auf dessen Nachsicht ich um so zuversichtlicher rechne, als die litterarischen Arbeiten Erzeugnisse meiner Nebenstunden sind, die ich meinen Berufsgeschäften nur kärglich entwenden kann. Ganz aber konnte ich doch den Reizen, welche die Verwendung einer stillern Muße auf Meditationen dieser Art gewähren, auch dann nicht entsagen, nachdem ich die akademische Bestimmung mit praktischen Geschäften vertauschte.

Die am Ende verzeichneten Druckfehler, die grossentheils von einer etwas zuflüchtigen Abschrift des Manuskripts herrühren, bitte ich, vor Durchlesung der Abhandlung, der Deutlichkeit wegen, zu verbessern. Würzburg im März 1798.

Ueber=

Uebersicht der Abhandlung.

Voreinnerung. §. 1.

Erster Abschnitt enthält

1) den Begrif und die Gattungen des Gerichtsgebrauchs, §. 2.

2) die Gränzen der gegenwärtigen Untersuchung, §. 3.

3) Geschichte des materiellen Gerichtsgebrauchs, §. 4—5.

4) Litteratur des vorliegenden Thema, §. 6.

Zweyter Abschnitt. Vom rechtlichen Werthe des materiellen Gerichtsgebrauchs oder der Präjudizien überhaupt,

I. Ohne Hinsicht auf einzelne Gattungen derselben

A. Gründe gegen das rechtliche Ansehen der Präjudizien, die

1) aus der Natur der Sache fließen, und

a) theils absolute, nämlich

Mangel eines allgemeinen Rechtsgrundes der Präjudizien

α) bey dunkeln Gesetzen, §. 7—8.

β) bey mangelnden gesetzlichen Bestimmungen §. 9.

b) theils hypothetische

1) Ungleichheit der Fälle, §. 10.

2) Ausserordentliche Schwierigkeit die ältern Fälle mit den vorliegenden zu vergleichen §. 11.

3) Ungleichheit der von den Partheyen oder ihren Anwälden vorgebrachten Gründe, §. 12.

2) die in positiven Gesetzen liegen. §. 13.

B. Nähere Prüfung der Beweisgründe, die für den rechtlichen Werth der Präjudizien angeführt werden, der

a) Allgemeinen natürlichen, dahin gehören

1) stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers, §. 14.

2) verbindliche Kraft derselben als rechtliche Gewohnheiten, §. 15.

3) durch Präjudizien erworbene Rechte, §. 16.

4) förmliche Wahrheit der Präjudizien, §. 17.

b) der positiven Gesetze für die Präjudizien

α) römisches = §. 18—19.

β) deutsches Recht, §. 20.

II. Von einigen Gattungen der Präjudizien insbesondere

1) in Lehn= §. 21.

2) in peinlichen Sachen. §. 22.

Rechtliche und politische Schlußfolge. §. 23.

Dritter Abschnitt. Von den reichsgerichtlichen Präjudizien.

I) Begrif und gesetzlicher Ursprung derselben

a) am kais. Reichskammergerichte,

1) Veranlassung und gesetzliche Verordnungen, §. 24.

Zweite

2) Zweige der provisorischen Gesetzgebung der Reichsgerichte. Was wahre reichsgerichtliche Präjudizien sind? §. 25.

b) am kais. Reichshofrathe. §. 26.

II) Gränzen der provisorischen Gesetzgebung der Reichsgerichte

1) Allgemeines Prinzip zur Bestimmung derselben §. 27.

2) Entwicklung und Anwendung desselben

α) auf die Art und Weise wie dieses Recht ausgeübt wird, §. 28.

β) auf die rechtliche Objekte, worauf sich solches erstreckt, §. 29—30.

3) Prüfung einiger abweichenden Meinungen. §. 31—32.

III) Würkungen der reichsgerichtlichen Präjudizien

a) in Hinsicht des höchsten Reichsgerichts, wo solche entstehen, §. 33.

b) im Verhältnisse gegen die Territorialgerichte, §. 34.

Von dem rechtlichen Werthe des Gerichtsgebrauchs sowohl an den deutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten.

Vorerinnerung.

§. 1.

So häufig man sich in praktischen Rechtsgeschäften auf den Gerichtsgebrauch beruft, so sehr fehlt es doch der Lehre von demselben an einer haltbaren rechtlichen Grundlage. Ein Theil, und das ist bey weitem der zahlreichste, glaubt, für die Behauptung seines rechtlichen Werthes genug gethan zu haben, wenn er die Unzulänglichkeit der Theorie für praktische Anwendung, gleichsam

als eine axiomatische Wahrheit aufstellt, ohne sich einmal um die Unterscheidung der mancherley Begriffe, die mit dem Worte Praxis, Gerichtsgebrauch, verbunden werden, zu bekümmern. *a*) Andere, überzeugt, daß demselben das Ansehen einer verbindenden Norm nicht anders zu verschaffen sey, als wenn er in die Klasse der Gesetze, oder

Rechts-

a) Diese mögen beherzigen, was für sie Kant (über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig seyn, taugt aber nicht für die Praxis. in der Berl. Monatsschr. 1793. Sept. S. 202.) sagt: "Es kann niemand sich für praktisch bewandert ausgeben, und doch die Theorie verachten, ohne sich blos zu geben, daß er in seinem Fache ein Ignorant sey, indem er glaubt, durch Herumtappen in Versuchen und Erfahrungen, ohne sich gewisse Prinzipien (die eigentlich das ausmachen, was man Theorie nennt,) zu sammeln, und ohne sich ein Ganzes, (welches, wenn dabey methodisch verfahren wird, System heißt) über sein Geschäft gedacht zu haben, weiter kommen zu können, als ihn die Theorie zu bringen vermag."

Rechtsgewohnheiten befördert werde, legen dem Gerichtsgebrauche zwar die Eigenschaft und Würkungen der letztern bey; lassen aber jeden, bey dem noch Zweifel gegen die Anwendbarkeit der gemeinen Lehre von den rechtlichen Gewohnheiten auf den Gerichtsgebrauch, Ungewißheit erregen, ohne befriedigende Ueberzeugung.

Mangel an Interesse des Gegenstandes kann es nicht seyn, der bisher die Aufmerksamkeit von demselben entfernt hat. Denn man würde gewiß noch zu wenig sagen, wenn man ihn interessant nennen wollte. Eine Materie unter den propädeutischen Lehren der Rechtswissenschaft, bey der es auf die Frage von gesetzlicher Verbindlichkeit ankömmt, und um die sich ein großer Theil täglicher gerichtlicher Operationen, wie um eine Axe, dreht, ist ohne Widerspruch von dem gewichtvollesten Interesse, und verdienet vor allen eine strenge systematische Prüfung. Diese bedeutenden praktischen Folgen treten bey der Lehre von dem rechtlichen Werthe des Gerichtsgebrauchs ein, und ich wage es nicht

die folgenden Betrachtungen, die ich diesem Gegenstande gewidmet, mehr als einen Versuch zu nennen. *b*)

Deßwegen schien mir vorzüglich bey dieser Untersuchung die zweckmäßigste Methode zu seyn, wenn von der Natur der Sache ausgegangen, die Uebereinstimmung oder Abweichung der positiven Gesetze damit verglichen, die Gegengründe erwogen, und sonach auf Vernunft und positive Gesetze beruhende Grundsätze gebildet werden; eine Untersuchungsweise, die mit Recht einer der scharfsinnigsten deutschen Gesetzforscher empfohlen, und selbst das nachahmungswürdigste Beyspiel geliefert hat *c*); die sogar da nothwendig wird,

b) Schon ein Rezensent in der Allg. deutsch. Bibliothek Band 35. S. 122. äussert den Wunsch, daß dieser Gegenstand schon längst bearbeitet, und auf gewisse Grundsätze reduzirt würde, weil fast in keiner Materie so viel Dunkelheit herrsche, als in dieser.

c) A. D. Weber (Prof. zu Kiel) Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 41. S. 120 u. folg.

wird, wo der Anwendbarkeit der positiven Gesetze, wie bey gegenwärtigem Stoffe, noch manche, nicht unwichtige Zweifel entgegenstehen.

Erster Abschnitt.

Begrif, Gränzen, Geschichte, und Litteratur des Untersuchungsthema.

§. 2.

Begrif und Gattungen des Gerichtsgebrauchs — Unterscheidung angränzender Begriffe.

Viele legen schon in den Begrif des Gerichtsgebrauchs die Bestimmung seines Werthes, indem sie mit diesem Ausdrucke die Idee einer durch mehrere gleichförmige Gerichtshandlungen oder durch Gelegenheit derselben eingeführten Gewohnheit, die bey mangelnden oder dunkeln Gesetzen für gleiche künftige Fälle zur Entscheidungsnorm dienen,

verbinden. Wenn aber erst untersucht werden soll, ob, und in wie weit dem Gerichtsgebrauch ein rechtlicher Valor beygelegt werden kann, so scheint es nicht zweckmäßig zu seyn, in die Erklärung desselben etwas von dem aufzunehmen, was erst das Resultat der folgenden Betrachtungen seyn kann. Eine große Verschiedenheit herrscht besonders in der Erklärung der Präjudizien. Ohne des Begriffes der im römischen Rechte von diesem Worte vorkömmt, zu erwähnen, verstehen manche darunter jede Sentenz, die im Gerichte gefället wird; andere mehrere gleichförmig nach einander bey gleichförmigen Fällen erfolgte Entscheidungen; endlich wieder andere den Schluß eines Rechtskollegiums über eine zweifelhafte Rechtsfrage. Diese Verschiedenheit der Bestimmungen rührt von den ungleichen Erfordernissen her, die verschiedene Rechtsgelehrte zur rechtlichen Gültigkeit eines Präjudizes annehmen. Deßwegen ist es zur richtigen Prüfung ihres Werthes vortheilhafter, in der Definition gar nichts von ihrem Werthe und ihren Erfordernissen einfließen zu lassen.

Gerichtsgebrauch im Allgemeinen ist der Inbegrif dessen, was an einer Gerichtsstelle nach einer durch Länge der Zeit eingeführten Norm beobachtet wird. Die Handlungen, die bey einem Gerichte vorkommen, können aus dem Gesichtspunkte der Form oder Materie betrachtet werden. Erstere betrift die Organisation eines Rechtscollegiums, und die Art, wie seine Geschäfte besorgt werden. Diejenige Gewohnheit, worauf ein Theil der Gerichtsverfassung beruhet, wird Gerichtsgewohnheit, zuweilen Gerichtsobservanz; und der Gebrauch, der die Methode, die Gerichtsgeschäfte zu besorgen, betrift, Gerichtsstil genennt. Beyde Gattungen des Gerichtsgebrauchs können auch der formelle genennt werden.

Die Anwendung der Rechte und Verbindlichkeiten auf vorkommende Fälle, sind der Zweck der gerichtlichen Handlungen; werden nun diese letztern durch Normen, die nicht unmittelbare Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt sind, sondern nach Art einer Gewohn-

heit d) im Gerichte sich gebildet haben, geleitet, so entstehen dadurch die Präjudizien; die auch insbesondere die Benennung Gerichtsgebrauch, Praxis tragen, oder mit dem Namen des materiellen Gerichtsgebrauchs belegt werden können. Sie sind von zweyerley Gattung; je nachdem sie entweder Regeln für die Rechte und Verbindlichkeiten selbst, oder für die Art und Weise sein Recht vor Gericht zu verfolgen, d. i. für den Prozeß festsetzen.

Die Präjudizien dürfen nicht mit gewissen Grundsätzen, die an einer Gerichtsstelle, vielleicht durch eine zufällige Uebereinstimmung mehrerer Mitglieder herrschend geworden sind, und den Namen Gerichtshypothesen verdienten, vermischt werden. Bey genauer Untersuchung beruhen diese eingeschlichenen Prinzipien meistens auf vorgefaßten Meinungen

d) *Jo. Nic. Corn. Guilleaume* diss. de consuetudine, Duisb. 1796. Cap. II. rechnet die Präjudizien unter die *affinia* consuetudinis. Vgl. die Allg. Litt. Zeit. 1797. No. 310. S. 831.

gen von der Wahrheit oder Rechtmäßigkeit dessen, was ein oder anderer Theil vorbringt. So konnte z. B. an einer höchsten Justizstelle der Grundsatz sich geltend machen, daß bey Klagen der Gutsherren gegen ihre Gutsunterthanen, oder dieser gegen jene, im Falle abgehender oder zweydeutiger positiver Bestimmungen mehr letztere, als erstere zu begünstigen seyn. So will man zuweilen in reichsständischen Landen von gewissen bey den höchsten Reichsgerichten aufgestellten Grundsätzen, gleichsam als Geheimnissen, Wissenschaft haben, die nur Eingeweihten, und sorgfältig Spähenden zu Theile würden. Es leuchtet von selbst ein, wie unnütz die Untersuchung wäre, die man über die Frage: ob dergleichen Grundsätze, wenn sie wirklich existiren, einen rechtlichen Werth haben, anstellen wollte. Schon ihr Begrif karakterisirt sie als verwerfliche Geburten der Willkühr, oder zufälliger Empfindungen. Diese in der gemeinen Sprache oft mit wahren Präjudizien vermengte Gerichtsvorurtheile liegen daher außer der Sphäre dieser Abhandlung.

§. 3.

Nähere Bestimmung des vorliegenden Untersuchungsthema.

Auch der formelle Gerichtsgebrauch scheint keiner weitläufigen Prüfung zu bedürfen. Seine rechtliche Würdigung ist das Resultat folgender Vordersätze.

Die besondern Gesellschaften, die wir in der großen politischen Gesellschaft dem Staate sehen, sind entweder von der Souveränität unmittelbar, zur Beförderung des Staatszwecks angeordnet, oder von einigen Bürgern des Staats zu einer eigenen besondern Absicht gestiftet. Zwar dürfen beyderley Gesellschaften und Gemeinheiten dem Zwecke der Staatsvereinigung nicht hinderlich, noch viel weniger entgegen seyn; es zeiget sich aber doch ein wesentlicher Unterschied zwischen beyden darin, daß die erstern unmittelbar von der höchsten Gewalt, und ihrer Leitung abhängen, letztere aber mit solcher nur mittelbar in Verbindung stehen, und von den Gliedern derselben nach ihrem besondern Zwecke organisirt

sirt werden. e) Diese genießen daher einer gesellschaftlichen Autonomie, d. i. des Rechts sich durch vertragsmäßige Uebereinkunft eine dem Zwecke ihrer Verbindung gemäße Einrichtung zu geben; jene hingegen müssen dieses Vorrecht entbehren, weil sie nur als Organe einer höhern Gesellschaft, nemlich des Staats, ihr Daseyn haben, somit auch ihre genossenschaftlichen Gesetze unmittelbar durch die gesetzgebende Gewalt des Staats erhalten.

Die Justizcollegien sind Gemeinheiten, die von der höchsten Gewalt zur Erreichung einer fortdauernden, und aus dem allgemeinen Zwecke der bürgerlichen Gesellschaft am nothwendigsten fließenden Absicht, für die Gerechtigkeitspflege, gestiftet sind; sie gehören also zur erst genannten Gattung der Gemeinheiten im Staate. Auf den vollen Umfang der collegialischen Rechte, so wie sie gewöhnlich im Allgemeinen einer Gemeinheit beygelegt werden, haben

e) Im Mittelalter hatten daher solche Institute in Deutschland den Namen Willkühre.

haben sie daher keinen Anspruch. Ihre Organisation kann nicht das Werk ihres genossenschaftlichen Willens seyn. Die höchste Gewalt des Staats, von der sie ihre Existenz erhalten, giebt ihre Form, und Ausbildung; es müßte dann seyn, daß diese ihnen selbst, ausnahmsweise, aus besonderem Grunde, überlassen worden sey.

Dies führt nun auf die Schlußfolge, daß Justizcollegien, so wenig als andere für das gemeine Wohl niedergesetzten Kollegien, weder durch ausdrückliche Statuten, noch durch Gerichtsgebräuche sich irgend eine Form geben können; eine Befugniß, die, im allgemeinen, z. B. kirchlichen Gesellschaften, Akademien, Zünften, und andern nicht unmittelbar zur Besorgung der Staatsgeschäfte bestimmten Gemeinheiten nicht abgesprochen werden kann; *f)* denn die oberaufsehende Gewalt

f) Ich sage im Allgemeinen: denn durch die besondere positive Verfassung können auch diese Gesellschaften der obersten Staatsgewalt mehr unterworfen seyn; wie es auch wirk-

walt des Staats beschränkt die Autonomie dieser letztern Gesellschaften nur in so weit, als sie zum Nachtheil der ganzen politischen Gesellschaft ausgeübt werden könnte.

Gerichtsgewohnheiten haben also, an und für sich betrachtet, keinen juristischen Werth, wenn sie solchen nicht durch die Bestätigung der obersten Gewalt empfangen; und ein genauer juristischer Sprachgebrauch verstattet auch für sie nicht einmal den Namen Observanzen, g) da ihr rechtliches Daseyn nicht aus einem stillschweigenden Vertrage der Gesellschaftsglieder entspringt, sondern auf der stillschweigenden Einwilligung des Oberherrn beruhet.

Was

wirklich in den meisten deutschen Reichslanden nach entstandener Landeshoheit geschehen ist.

g) Am vollständigsten haben die karakteristischen Merkmale zwischen observantia und consuetudo angegeben Glück im Commentar über die Pandekten Th. 1. §. 84. S. 430. und Danz im Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts Th. 1. S. 201.

Was den Gerichtsstil betrift, so schließt dieser so wenig eine rechtliche Nothwendigkeit in sich, als eine durch Gewohnheit eingeführte Schreibart der Kontrakte, und anderer außergerichtlichen Aufsätze; es wäre dann, daß eine gewisse Formel gesetzlich vorgeschrieben, oder sogar mit der Nichtbeobachtung derselben die Nichtigkeit des Geschäftes selbst verbunden würde, wie dieses zuweilen die gesetzgebende Klugheit anräth. *h*)

Der materielle Gerichtsgebrauch oder die Präjudizien verdienen also allein eine etwas ausführlichere Behandlung, da bey der Prüfung ihres rechtlichen Werthes nicht unwichtige Gründe und Gegengründe zusammentreffen. Ihre Geschichte kann vielleicht das Urtheil über ihren Werth einigermassen vorbereiten.

§. 4.

h) Eine gewisse festgesetzte Schreibart oder einzelne Ausdrücke, besonders in wichtigern Geschäften, dient zuweilen zur Entdeckung diplomatischer Betrügereyen. S. *Sam. Stryk* de stilo Curiae in dessen Dissert. T. I. N. 23. und *I. H. Boehmer* Jus Eccles. Prot. T. V. p. 405.

§. 4.

Geschichte des materiellen Gerichtsgebrauchs oder der Präjudizien.

Die Entstehung der Präjudizien und ihres Ansehens fällt in die letzte Periode der in die Gerichte übergegangenen positiven Rechtskunde. Zuerst hatten die Glossen ein so abentheuerliches Ansehen, daß man sogar denjenigen Theil des Corpus juris, der mit solchen nicht versehen war, nicht als Gesetz anerkannte. Das Studium der Classiker lebte wieder auf. Die nothwendige Folge der Regeneration der eleganten Jurisprudenz war der Verfall der geschmacklosen Glossen. Indem man sich aber nun den Quellen der Gesetze selbst näherte, mit Roms Verfassung und seinen Schriftstellern vertraut, das römische Gesetzbuch erklärte, so zeigten sich nicht geringe Schwierigkeiten, überall seinen ächten Sinn zu entwickeln; man entdeckte Antinomien, und Unvollständigkeiten, wodurch mehr discrepante Meinungen entstehen mußten. Der Praktiker, der seiner Seits weder Lust noch Zeit hatte, sich in die kritischen Feinheiten

heiten einzulassen, grif nach derjenigen Meinung die den meisten Kritikern gefiel, und damit glaubte er am sichersten zu gehen.

Nach und nach erwachte bey den Praktikern ein Geist der Unabhängigkeit von der theoretischen Auslegung des Gesetzbuchs, welcher durch mehrere zusammenwürkende Ursachen veranlasset wurde. Man suchte das ältere deutsche Recht wieder hervor; und da man in jenen opinionibus communibus der römischen Rechtsgelehrten nichts davon fand; sich vielmehr noch einige Spuren davon in den Gerichtshöfen zeigten, so gab dies eine Gelegenheit, das Ansehen, was vorher die gemeine Meinungen der Ausleger hatten, auf die Urtheilssprüche der Gerichte zu übertragen. Hiezu waren noch folgende Umstände sehr behülflich.

§. 5.

Fortsetzung.

Schon bey den Römern gab es Sammlungen richterlicher Entscheidungen. Aber diese

waren

waren Dekrete, die vom Prätor oder späterhin vom Kaiser herrührten, und ihr Gewicht dadurch erhielten, daß man sie als authentische Interpretationen ansah. So hat Julius Paulus drey Bücher von Dekreten oder sententiarum imperialium geschrieben. [i]) Auf eben die Art wurden die Dekrete des D. Markus gesammelt [k]), und es finden sich noch Spuren solcher Dekrete vom D. Pius vor; [l]) auch Kallistrat unternahm eine solche Sammlung, die er cognitionum libri sex betittelte [m]).

So wie immer das neue Rom eine Fortsetzung des alten zu seyn wähnte, so suchte man

i) *Ant. Augustin.* de Nomin. JCtorum Cap. I. *Wieling* Jurispr. restit. p. 159.

k) in l. 2. D. de offic. assess. l. 13. quod met. causa. l. pen. ad leg. Juliam de vi priv. l. 3. pr. de usuris.

l) in l. 3. §. 5. D. de liber. exhib.

m) l. 9. u. l. 19. D. de offic. praesid. l. 37. ad municip. l. 17. de judic.

man auch den Entscheidungen der päbstlichen Rota eben das Ansehen zu verschaffen, das ehemals die Aussprüche des Prätors oder späterhin die römischen Kaiser hatten. Die neuern Italiäner sammelten daher mit ungemeinem Fleiße die Entscheidungen der Rota. n) Eine wichtige Stütze dieser Autorität lag darin, daß Raymund v. Pennafort bey seiner Dekretalensammlung sogar aus diesen Entscheidungen schöpfte.

Ein solches Vorbild des alten und neuen Roms mußte, so wie in andern Rechtsverhältnissen, auch hier auf Deutschlands Rechtsgelehrte einen mächtigen Eindruck machen. Das Reichskammergericht war es, das dem Richterstuhle des römischen Prätors und der Rota an die Seite gestellt werden mußte; dessen Entscheidungen wurden, so wie die des Prätors oder der Rota zu gleichem Ansehen erhoben. Da die ausgebildete Landeshoheit den reichsständischen höchsten Tribunalen eben die Würde in dem Umkreise des Territoriums gab,

n) *de Luca* Theatrum Verit. et Justit. T. VII. disc. 32.

gab, welche den Reichsgerichten im Umfange des ganzen Reichs zukam, so wurden bald auch die Urtheilssprüche der landesherrlichen höchsten Gerichtsstellen als verbindliche Normen für künftige Fälle geehret.

Die schiefe Anwendung der römischen Verfassung auf Deutschland würde aber doch vielleicht, den Präjudizien ein so großes Gewicht zu verschaffen, nicht hinlänglich gewesen seyn, wenn nicht die ältere deutsche Rechtspflege selbst den Weg dazu gebahnt hätte. So wie in den mittlern Jahrhunderten überhaupt gesetzgebende, und vollstreckende Gewalt zusammen vereiniget waren, und zwar auf die Weise, daß bey vorkommenden Streitfällen, für welche noch keine gesetzliche Bestimmung vorhanden war, erst vom Richter, und Schöffen eine Norm für die der Entscheidung bereits vorgelegten Fälle festgesetzt ward, so bestand auch der ganze Schatz unserer Nationalgesetze nach dem Verfall der Kapitularien der fränkischen Könige in Sammlungen

 von

von Schöffenurtheln. o) Wie sehr war dadurch die Einführung der Präjudizien nicht erleichtert?

Die Zusammenwürkung dieser Umstände brachte eine so ungeheure Anzahl von Decisionen, Responsen, Definitionen, Disceptationen u: dgl. hervor, daß der neuere Theoretiker aus Eigennutz, um mit solchen die Lücken seines Systems zu ergänzen, der eitlen Idee des Praktikers Nahrung gab, als hätten dergleichen Entscheidungen eine gesetzliche Salbung. p)

§. 6.

Litteratur.

Es läßt sich nun sehr wohl erklären, daß die ersten Schriftsteller über den Werth des Gerichts

o) Strubens Nebenstunden Th. II. S. 463. Th. III. S. 52. Bieners Bestimmung der kais. Machtvollkommenheit S. 148. Runde's deutsch. Privatrecht §. 22.

p) *Gribner* de Observ. Colleg. Jurid. §. 1—5. in seinen Opusc. T. IV. Sect. II.

Gerichtsgebrauchs, und insbesondere der Präjudizien, welche meistens Herausgeber und Verfertiger von Decisionen waren, und ihre Gedanken über ihre rechtliche Brauchbarkeit zugleich in den Vorreden zu diesen Werken äußerten, als enthusiastische Lobredner nicht nur von dem praktischen Nutzen ihrer bekannt gemachten Rechtsfälle, sondern von der Verbindlichkeit der Präjudizien überhaupt auftraten. Sie hatten einer Seits den Geist des Zeitalters für sich, anderer Seits stand der Werth der Waare, die sie anpriesen, damit in nothwendiger Verbindung. Wenige darunter waren so redlich, als Johann von Sande q), Paul Christianäus r), und v. Ludolf s) daß sie einen sehr behut-

q) in der Vorrede zu seinen Decis. Fris.

r) Decis. Vol. II. Dec. 52.

s) In der Vorrede zum Symphorema Consult. et Decis. for. Sehr wahr sagt er da: "Non recte utentur hoc opere qui decisiones ad materiam substratam directas transferrent ad causas alias absque cautione. Sunt

behutsamen Gebrauch der Präjudizien empfohlen. Ausländische Rechtsgelehrte von Verdienst *t*) hatten schon, aber nur gelegenheitlich, und in wenigen Worten ihre Stimmen gegen die Mißbräuche der Präjudizien erhoben, als in Deutschland die blinde Verehrung derselben die Rechtswissenschaft erst recht zu

Sunt enim casus alii aliis in circumstantiis valde dissimiles. Quantacumque enim sit rerum judicatarum auctoritas, nunquam tamen est tanta exemplorum singularium, quae praejudicia vocantur, ut rationes vincant meliores, faciantque in aliis specie externa similibus, tempore, statuque rerum publico diversis, judicandi regulam. Nemo sapiens sententiam suam corrigere et amplecti meliorem erubescit. Ingrata foret allegatio, si quis pro ratione retulerit sese ad sententiam, quam olim fuisset amplexus.

t) *Vinnius* ad Instit. Lib. I. Tit. II. §. 9. n. 7. Etsi rerum praesertim saepius judicatarum non vilis est autoritas, vim tamen legis minime habent, nec jus inducunt, quod in alios, *simili aut ejusdem generis controversia* mota, sequi necesse sit." *Arthur Duck* de autor. juris civilis. L. I. §. 3.

zu verwüsten anfieng. Augustin von Keyser der manches Abentheuer in der Jurisprudenz bestand, war einer der ersten, der sich der Tyranney der sogenannten Praxis widersetzte; u) aber nur den Mißbrauch bestritt er, so wie die meisten seiner Vorgänger. Noch immer war das Ansehen der Präjudizien selbst ungekränkt gelassen, bis Heinrich Gribner in einer eigenen Abhandlung v) ihren ganzen Kredit zu erschüttern sich be-

mühete.

u) Medit. ad Pand. Spec. 9. med. 5.

v) Diss. de observantiis Collegiorum Jurid. in seinen Opuscul. T. IV. sect. 2. Die den Präjudizien gewidmeten Abhandlungen vor Gribner sind von unbedeutendem Werthe z. B. *Jo. Nic. Martini* de praejudiciis. Kil. 1674. *Jo. Walb.* de eo, quod justum est, circa praejudicia judic. Alt. 1728. u. a. Was Steenhof in seiner dem Titel nach hieher gehörigen Streitschrift de praxi erronea. Goett. 1751. vorbringt, enthält nichts für gegenwärtigen Zweck. — *Mathiowitz* diss. de fundamento praejudiciorum. Giss. 1767. konnte ich, aller Nachforschungen ungeachtet, nicht zur Einsicht erlangen.

mühete. Schade, daß dieser Rechtsgelehrte bey seiner Untersuchung einen zu einseitigen Blick auf die Observanzen der Rechtskollegien warf, und die Begriffe überhaupt zu unbestimmt ließ. So weit als Gribner, der dem Gerichtsgebrauche auch sogar in zweifelhaften Fällen eine verbindende Kraft versagte, giengen seine Nachfolger nicht. J. D. Wibeking w) scheint seine Absicht mehr gegen die unschickliche Anwendung der Präjudizien als auf Untergrabung ihres ganzen Werthes gerichtet zu haben. Auch der Verfasser der Beyträge der juristischen Litteratur in den preußischen Staaten x) gieng in dieser Materie nicht weiter als seine Vorgänger.

Die Vorsorge der Gesetzgebung y) hinderte zwar den Unfug, der an den höchsten Reichsgerichten

w) Diss. de incommodis per interpretationes usuales et observantias in jurisprudentiam invectis. Francof. ad Viadrum. 1748.

x) Theil I. Abh. I.

y) J. R. A. §. 136.

gerichten noch mehr, als an den Territorialgerichten mit den Präjudizien zu besorgen gewesen wäre: aber noch bis jetzt wird doch sehr häufig jene weise Gesetzgebung aus dem Auge gelassen, obgleich die meisten kameralistischen Schriftsteller, vorzüglich Deckherr z) und Ludolf aa) den wahren Begrif eines reichsgerichtlichen Präjudizes und seinen Werth richtig bestimmt haben. Pütters scharfer Blick ist auch in den wenigen Bemerkungen die er über diesen Gegenstand geliefert hat, nicht zu mißkennen. bb)

z) Vindiciae ad Blum. T. II. n. 24. p. 30. seq.

aa) Jus Cam. Sect. II. §. 8. n. 13. p. 347.

bb) In seinen Beyträgen zum deutschen Staats- und Fürstenrecht Th. II. Abh. 35. "Ob und wie weit Rechtssätze aus reichsgerichtlichen Erkenntnissen behauptet werden können? — in *Schlehlein* diss. de stylo et praejudiciis summ. imperii tribunalium. Bamb. 1773. ist bloße Kompilation aus den angeführten Kameralisten.

Zweyter Abschnitt.

Von dem rechtlichen Werthe der Präjudizien überhaupt.

§. 7.

Gründe gegen das Ansehen der Präjudizien. Mangel eines allgemeinen Rechtsgrundes der Präjudizien,

a) bey dunkeln Gesetzen.

Selbst diejenigen, welche den materiellen Gerichtsgebrauch oder den Präjudizien am günstigsten sind, räumen ihm kein Gewicht gegen klare gesetzliche Bestimmungen ein. *cc*) Wenn daher

cc) Wolf allein (diss. de eo, quod justum est, circa praejudicia judic. §. 14.) glaubt, auch gegen das klare Recht könnten in dem Falle Präjudizien eingeführt werden, wenn ein Präjudizium *per actus judiciales et decreta* bestätigt sey. Allein dies setzt voraus, daß der

daher sein rechtlicher Werth zur Prüfung gezogen werden soll, so kann man dieselbe auf den Fall dunkler oder sehr bestrittener, und mangelnder gesetzlicher Normen einschränken.

Ist ein Gesetz dunkel, oder sehr bestritten, so wird die Erklärung desselben entweder aus der Quelle der Gesetze geschöpft, d. i. von der gesetzgebenden Gewalt gefordert, oder dessen Sinn vom Richter, indem er es auf einen bestimmten Fall anwendet, festgesetzt. Die erste Erklärung hat den Namen der *authentischen*, die letzte heißt die *doktrinelle richterliche* Interpretation. Der Gesetzgeber kann seinen Willen, wie das Gesetz verstanden werden soll, durch eine ausdrückliche Aeußerung zu erkennen geben; er kann aber auch, ohne ausdrücklichen Ausspruch, solche Handlungen wissentlich gestatten,

der Richter, der ein solches Dekret erläßt, eine *provisorische* gesetzgebende Gewalt hat, und wenn einmal dem Richter ein so weiter Umfang von Gewalt zukömmt, dann entsteht auch keine zweifelhafte Frage vom rechtlichen Werthe solcher Präjudizien.

statten, woraus unzweifelhaft seine Gesinnung über das dunkle Gesetz entnommen werden kann; dann ist eine Usualinterpretation vorhanden, welche auch stillschweigende authenthische Interpretation im Gegensatz der ausdrücklichen authenthischen, welche in der kategorischen Erklärung liegt, genennt werden kann. *dd)*

Diese Handlungen, aus deren Zulassung eine stillschweigende authentische Interpretation gefolgert werden soll, können einzig und allein nur solche seyn, die in unmittelbarer Beziehung auf das Gesetz stehen, von Unterthanen unternommen worden, und eine rechtliche Gewohnheit nach ihren gesetzlichen Erfordernissen gebildet haben. Wenn z. B. ein Gesetz über die Intestaterbfolge undeutlich bestimmt, ob die Eltern den Vorzug vor den vollbürtigen Geschwistern haben sollen, und es wäre in einem Dorfe,

dd) Daß die Usualinterpretation in dem gegebenen Sinne eine Gattung der authentischen ist, begründet die Natur der Sache sowohl, als das römische Recht. S. l. 1. 9. 12. C. de leg. l. 37. 38. D. de leg. Nov. 113. c. 1. in pr.

Dorfe, in einer Provinz, in einem ganzen Staate immer beobachtet worden, daß die Eltern die vollbürtigen Geschwister ausgeschlossen hätten, so läge in dieser Gewohnheit, vorausgesetzt daß es nicht an den Requisiten eines Gewohnheitsrechts mangelt, eine Usualinterpretation jenes dunkeln Intestaterbfolgegesetzes.

Dergleichen Gewohnheiten haben aus dem Grunde Anspruch in die Klasse der authentischen Interpretation gezählt zu werden, weil unter den gehörigen Erfordernissen entstandene Gewohnheiten gesetzliche Kraft haben, mithin ohne allen Zweifel angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber, indem er solche interpretative Gewohnheiten ausdrücklich oder stillschweigend billiget, seinen unbestimmten Gesetzen eine authentische Auslegung geben wolle. Diesen Grund hat aber der Gerichtsgebrauch, der dunkle Gesetze bestimmt, keineswegs für sich. Der einzelne Richter, oder das Kollegium, dem die Ausübung der richterlichen Gewalt anvertraut ist, kann sich nicht über diese Sphäre in die der gesetzgebenden Gewalt erheben.

Diese beyden Zweige der höchsten Gewalt sind ihrer Natur nach wesentlich von einander unterschieden *ee)*. Wenn gleich nach einer Landesverfassung ein und das nämliche Kollegium, oder gar eine und die nämliche physische Person beyde Gewalten in sich vereiniget, so dürfen doch immer die Handlungen, die eine solche Stelle oder Person als Richter unternimmt, nicht mit denen vermischt werden, die als Würkungen der ihm überlassenen gesetzgebenden Gewalt zu betrachten sind. *ff)*

So

ee) Chi sara il legittimo interprete della legge? il Sovrano civè il depositario delle attuali volunta di tutti; o il Giudice, il di cui ufficio e solo l'esaminare, se il tal uomo abbia fatto, o non, un' azione contraria alle legi. *Beccaria* dei delitti et delle pene. §. 4.

ff) Dies war der Fehler der Gerichtsverfassung des Mittelalters, wo die Richter entweder ganz neu gemachte oder von ihnen authentisch interpretirte alte Gesetze auf bereits geschehene, und ihnen vorgelegte Rechtsfälle anwendeten. Vgl. die not. n. angeführten Schriftsteller.

So wie beyde Gewalten ihrem Wesen nach von einander getrennt, und unabhängig sind, so kann eine zufällige Verbindung derselben in einem ausübenden Subjekte eben so wenig eine wesentliche Vermischung hervorbringen, als die Vereinigung mehrerer Staatsverwaltungen unter verschiedenen Fundamentalgesetzen in einer Person einen Grund abgeben kann, beyderley Regierungen nach gleichen Prinzipien zu führen. Wenn also dem Richter keine gesetzgebende Gewalt, somit auch kein Recht einer authentischen Gesetzerklärung zukömmt, wie können seinen richterlichen Aussprüchen, die eine bestimmte Auslegung einer dunkeln oder bestrittenen gesetzlichen Norm voraussetzen oder in sich schließen, wenn sie gleich Jahrhunderte hindurch einander gleich sind, die Würkungen einer Usualerklärung, nach dem oben angenommenen Begriffe, beygelegt werden? Solche richterliche Aussprüche, man betrachte sie einzeln, oder mehrere gleichförmige zusammen, bleiben immer nur doktrinelle Auslegungen der Gesetze.

§. 8.

§. 8.

Fortsetzung.

Wenn nun die richterlichen Entscheidungen an und für sich in keinem Falle über die Sphäre der doktrinellen Interpretation sich erheben können, so sind die Grundsätze von dieser vollkommen und in jedem Falle auf jene anwendbar. Die authentische Auslegung hat zwar die Eigenheit, daß der Gesetzgeber hierin eben so frey und zwanglos ist, als wenn er ein ganz neues Gesetz gäbe, folglich weder auf die wahrscheinliche Absicht des dunkeln Gesetzes, noch auf die buchstäbliche Erklärung desselben Rücksicht zu nehmen hat; da auf der andern Seite die Doktrinalerklärung dem Wortsinne, und dem vernünftigen Grunde des Gesetzes sich unterwerfen, und nur diese beyde Gesichtspunkte getreu verfolgen darf. Aber nie dürfen diese durch die Natur der Sache vorgezeichnete Beschränkungen der wissenschaftlichen Auslegung in eine solche zweckwidrige und unvernünftige Unterjochung ausarten, daß sie vorgefaßten Meinungen über den Verstand eines Gesetzes, gleich religiösen Glaubenssätzen, zu huldigen gezwungen werden kann. Dem

Dem Richter giebt das natürliche Recht freye Hände, über den wörtlichen, und logischen Sinn eines dunkeln Gesetzes in Ermangelung einer authentischen Bestimmung, nach Maßgabe seiner Geisteskräfte, und der subjecktiven Beschaffenheit seiner juristischen Urtheilskraft zu entscheiden. Wäre der Richter hierin an Meinungen und Auslegungen seiner Vorfahren gebunden, so müßten solche, als Ausflüsse einer gesetzgebenden Gewalt auf das Gewicht und Ansehen einer für die Zukunft verbindlichen Regel Anspruch machen können. Da aber kein Richter, als solcher, gesetzgebende Gewalt hat, (§. 7.) so können auch seine Rechtssprüche für keinen, der künftig den Richterstuhl besetzt, eine wirklich gesetzliche oder gesetzähnliche Kraft haben.

Wenn Justizcollegien in der Absicht errichtet werden, und die Gerechtigkeitspflege deßwegen nicht einem einzigen anvertraut wird, weil Richter Menschen sind, Vorurtheile, Leidenschaften haben, auch viele Augen mehr

 sehen

sehen als eines, *gg*) so können gewiß die Mitglieder der Gerichtsstellen auch in der Auslegung dunkler Gesetze auf ein freyes Stimmrecht Anspruch machen. Diese Freyheit würde also widerrechtlich unterdrückt werden, wenn eine individuelle Ueberzeugung von dem Sinne und der Absicht eines in Zweifel gezogenen Gesetzes dem Ansehen einer bereits im Collegium beliebten Erklärungsart aufgeopfert werden sollte. *hh*) Wäre auch die Kenntniß der Ge-

gg) Hr. Koadjutor v. Dalberg von Erhaltung der Staatsverfassungen. Erf. 1795. §. 6.

hh) "Observantiae vero, sagt Gribner richtig (de observ. Colleg. Jurid. §. 14.) prorsus pluralitatem votorum evertunt, et efficiunt, ut majoris partis consensu neglecto causa decidatur ex arbitrio illorum, qui cum piis majoribus consentiunt et conspirant. Facillima sane via est, eludendi majora vota, si qui dissentiunt provocent ad Observantiam Collegii, si ita dudum fuisse observatum, nec amplius disputationi esse locum, nec velle se declarent, argumenta expendere sententiae, secundum quam jam totius fuerit pronuntiatum." Vergl. *Thomasius* de Jure Consuet. et Observ. §. 60.

Gesetzauslegung keinen Veränderungen, nach den verschiedenen Perioden der Kultur der Rechtswissenschaft unterworfen, so würde doch jeder Richter, und jedes Mitglied einer Gerichtsstelle eben so befugt seyn, von den Meinungen der Vorfahren abzuweichen, als ihm das Recht unbestreitbar zusteht, sich von den Stimmen der in einem und dem nämlichen Falle votirenden Mitglieder zu trennen. Nun kömmt aber noch hinzu, was die Erfahrung unläugbar bestätigt, daß mit dem Wechsel der Zeit in Aufklärung der Einsichten, die richterlichen Erkenntnisse zur Grundlage dienen, Veränderungen vorgehen, deren Einflüsse in richterliche Entscheidungen unvermeidlich sind. *ii*) Wie läßt sich also da eine Nothwendigkeit des Glaubens an angenommene Grundsätze und Meinungen — da diese, wie bereits vorgekommen, keine Gesetzeskraft haben — behaupten, wo solche durch neu ent-

ii) Pütters Beyträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. Th. II. S. 223. *de Neumann* Princip. Process. judic. aulici C. II. §. 6. lit. g. Schol. 5.

deckte Gründe als falsch oder unwahrscheinlich dargestellt sind. *kk*)

§. 9.

b) bey mangelnden gesetzlichen Bestimmungen.

Wenn sich kein rechtlicher Grund für die Verbindlichkeit der Präjudizien da, wo der Sinn der Gesetze zweifelhaft ist, auffinden läßt, so wird denselben noch um so weniger in Fällen, wo die positive Gesetzgebung gar nichts bestimmt, ein mit gesetzlichen Normen weteiferndes Ansehen beygelegt werden können. Indem dem Richter keine gesetzgebende Gewalt, auch nicht einmal da, wenn ihm solche zugleich mit der richterlichen überlassen ist, in der Art zustehen kann, daß seine Aussprüche, als Richter, die Eigenschaft und

kk) Baco v. Verulam de Certitudine legum Aphor. 21. " Vetustiora exempla caute et cum delectu recipienda, decursus aetatis multa mutat, ut quod tempore videatur antiquum, id perturbatione et inconformatione ad praesentia sit plane novum."

und Würkungen von Gesetzen haben, ll) aus welchem Grunde sollen richterliche Indikata, in solchen rechtlichen Verhältnissen, worüber die positiven Gesetze ganz schweigen, — waren jene einander auch Jahrhunderte hindurch gleichförmig, — eine Kraft erlangen, die die folgenden Richter oder Gerichtsbeysitzer verbindet? Kömmt dem Richter das Recht zu, dunkle Gesetznormen, nach seiner Ueberzeugung vom buchstäblichen und geistigen Sinn derselben, zu erklären, und wirkliche Fälle darnach zu entscheiden, so muß ihm die Freyheit seiner Ueberzeugung noch um so viel mehr da uneingeschränkt bleiben, wo ihm der Gesetzgeber gar keine Richtschnur vorgelegt hat. Hier ist es ihm also verstattet, die Grundsätze des natürlichen Rechts, oder, wenn es auf positive rechtliche Institute ankommt, die aus der Natur der Sache abgezogenen Prinzipien anzuwenden. Nur die Gesetzgebung allein, indem sie die fehlenden positiven Bestimmungen ergänzt, nicht aber

 eine

ll) *J. H. Boehmer* Introd. in Jus Publicum univ. Lib. II. cap. III. §. 19. pag. 396.

eine angenommene, oder angewöhnte Entscheidungsart ist vermögend diesem freyen Gebrauche des natürlichen Rechts, oder der Natur der Sache Schranken zu setzen. Die Verbindlichkeit der Präjudizien aber, und die Anwendung des natürlichen Rechts oder der Natur der Sache nach Ueberzeugung, stehen in zu offenbarem Widerspruche, als daß es nothwendig seyn sollte, die Chimäre des Ansehens des materiellen Gerichtsgebrauchs auch in Fällen, worüber gar keine gesetzliche Bestimmungen vorhanden sind, mit mehrern Worten ins Licht zu stellen.

§. 10.

Ungleichheit der Fälle.

Daß es dem Ansehen der Präjudizien schon nach der Vernunft an einem zulänglichen Rechtsfundamente fehlt, ist eine absolute Wahrheit, die allein für sich schon zureichend ist, von der Nichtigkeit einer gesetzlichen Verbindlichkeit derselben volle Ueberzeugung zu gewähren. Es drängen sich aber bey der Betrachtung dieses Gegenstandes auch noch manche

manche hypothetische Gründe auf, warum den Präjudizien der Natur der Sache nach keine obligatorische Kraft beygelegt werden kann; hypothetisch nenne ich sie, weil die Umstände, auf welche sie sich beziehen, den Präjudizien nicht wesentlich, und nicht allezeit eigen sind (non essentialia, sed naturalia). Dahin gehören nun folgende Bemerkungen:

Man kann dreyerley Gattungen richterlicher Entscheidungen von einander unterscheiden: 1) solche, wodurch blos entschieden wird, ob das Faktum wahr sey, oder wodurch die Herstellung desselben erst vorbereitet wird; 2) solche, wodurch bestimmt wird, ob das Faktum von der Beschaffenheit ist, daß es der Gesetzgeber unter seiner gesetzlichen Disposition habe begreifen wollen; und 3) giebt es auch Entscheidungen, welche ohne Rücksicht auf das Faktum und seine Modifikationen, vorausgesetzt, daß diese gar nicht in Zweifel gezogen werden, blos die Wahrheit eines Rechtssatzes enthalten.

Die Rechtssprüche der ersten Gattung können nie Grundlagen eines Gerichtsgebrauchs werden, weil sie nie einen Rechtssatz berühren. Aus den richterlichen Entscheidungen der zweyten und dritten Gattung aber, sollen, der gemeinen Meinung zufolge, wenn die Erfordernisse vorhanden sind, gültige Präjudizien entstehen können. Nun kömmt aber hier zu erwägen, daß sehr oft der kleinste und beym ersten Blicke unwichtig scheinende Umstand eines Rechtsfalles bey näherer Erwägung und in der Entscheidung von Bedeutung wird; daß diesemnach die Veränderung oder Abwesenheit eines solchen Umstandes in einem andern dem vorigen ähnlich scheinenden Falle diesen mit jenen nicht zu vermischen erlaubt. Da dieses keinem Zweifel unterworfen ist, so läßt sich auch die Entscheidung des ersten Falls auf den zweyten ähnlich scheinenden nicht eher anwenden, als bis eine in allen wesentlichen Verhältnissen und Umständen zusammentreffende Aehnlichkeit vor Augen liegt. Es ist nicht genug, daß es einem und dem andern Mitgliede des Collegiums dünkt, alle wesentliche auf die Entscheidung der Sache Einfluß habende

bende Umstände und faktische Modifikationen seyen auch in den folgenden Fällen vorhanden, sondern dies müßte durch ein übereinstimmendes Urtheil aller Mitglieder in unbestreitbarer Evidenz dargelegt seyn. Derjenige, der von der Gleichheit und Thatumständen nicht überzeugt ist, kann auf keinen Fall an die vorhergegangenen Entscheidungen gebunden seyn. Wie äußerst verschieden ist aber die subjektive Ueberzeugung von dem Daseyn solcher faktischen Aehnlichkeiten? Ein Umstand, den dieser als den unbedeutendesten betrachtet, ist jenem vielleicht der determinirende Grund, an eine ganz andere Entscheidung sich anzuschließen. *mm)*

mm) "In einzelnen Fällen, sagt Pütter a. a. O. S. 221. sehr richtig, können oft geringe Umstände einen solchen Unterschied machen, daß von einer Sache auf die andere gar kein Schluß zu machen ist. Zweyerley Urtheile in verschiedenen Sachen können auf solche Art einander ganz entgegen stehend scheinen, und beyde doch gerecht seyn. Hinwieder können zehn Urtheile auf eine Art ausgefallen seyn, und ein kleiner Um-

§. 11.

Außerordentliche Schwierigkeit, die ältern Fälle mit den vorliegenden allzeit genau zu vergleichen.

Wenn auch der rechtliche Werth des materiellen Gerichtsgebrauchs im Allgemeinen auf festen Pfeilern beruhete, so wäre doch eines der ersten Bedingnisse der Anwendung, daß die vollständigen Fakta und darauf erfolgten Rechtssprüche die als Präjudizien gelten sollen, aus den Verhandlungen gehoben, und dem Gerichte vorgelegt würden, damit die Beysitzer zu prüfen in Stand gesetzt werden, ob wirklich die Idendität des Falls mit dem vorliegenden vorhanden sey, und dann müßte es

Umstand kann in der eilften Sache ein anderes Urtheil zuwege bringen, ohne zu gedenken, daß weder ein Gericht dem andern Ziel und Maaß setzen kann, noch die gegenwärtigen Mitglieder eines Gerichts die nur nach ihrer besten Ueberzeugung zu sprechen haben, an den Erkenntnissen ihrer Vorgänger von vorigen Zeiten her gebunden sind." Vgl. *Paul Christinaei* Decis. Vol. II. dec. 52.

es dennoch der subjektiven Einsicht und Ueberzeugung jedes Mitgliedes überlassen bleiben, ob das Präjudizium von Anwendbarkeit sey oder nicht nn). Wie lassen sich aber bey der Einrichtung und dem Geschäftsgange, auch nur kleiner Justizcollegien, wo kaum hinlängliche Zeit für geschwinde Beendigung der Arbeiten selbst gewonnen wird, solche mühsame vorbereitende Untersuchungen, und schwerfällige Widerkäuungen älterer Händel, auch bey einem beyspiellosen Eifer, und der rastlosesten Thätigkeit der Mitglieder gedenken? Wenn sich ein Referent oder Votant auf ein vorhergegangenes Präjudizium beruft, woher schöpft er die Kenntniß desselben? aus seiner eigenen Erfahrung? da würde seiner Versicherung zu viel Gewicht beygeleget, und diese richterliche Entscheidungsquelle müßte dann für den jün-

nn) "Cavendum ab Exemplorum fragmentis et "compendiis; atque integrum exemplum "et universus ejus processus inspiciendus, "si enim incivile sit, nisi tota lege per-"specta de parte ejus judicare, multo ma-"gis hoc valere debet de exemplis." *Baco de Verul.* l. c.

jüngern Beysitzer fast gänzlich verloren gehen. Aus dem Zeugnisse der übrigen Beysitzer? Haben aber diese ohne genaue Wiederverarbeitung die vorhergegangenen Fälle mit dem ganzen Umfange der sie begleitenden Umstände so inne, daß sie mit Zuversicht eine gänzliche Gleichheit der Fälle behaupten können? Vielleicht aus einer geschriebenen oder gedruckten Sammlung der Gerichtsentscheidungen? Enthalten aber diese auch das vollständige Faktum ohne Weglassungen, woraus vielleicht einer oder der andere einen wesentlichen Unterschied zwischen der Entscheidung, die als Präjudiz aufgestellt werden soll, und dem vorliegenden Falle auffinden könnte. oo) Ist es also

oo) Einen Beweiß, daß Richter auf Präjudizien sich berufen, und der Fall ganz anders war, als diejenigen, welche das Präjudizium veranlasset haben, bringt Goldast (de Replic. pro Imper. Cap. XII. p. 105.) bey, da er von Gylmanns gesammelten Decisionen sagt: "de eorum fide dubitari vidi, et retulit mihi D. Gylken Consiliarius Herbipolensis, et in Academia antecessor, in gravissima causa coram Consistorio Principis

also beynahe unmöglich, daß diese zur rechtlichen Gültigkeit der Präjudizien in jedem Falle nothwendige Bedingniß in Erfüllung gebracht werde, so ist auch kein Gerichtsmitglied schuldig, seine Stimme von einer ohne scharfen Beweis begleiteten, nur schwankenden Berufung auf vorhandene Praxis und Präjudizien, die leider zu oft nach mühsamer Nachforschung in leeren Worten besteht, unterdrücken zu lassen; er kann nicht verbunden seyn, seine Ueberzeugung einem Phantome von Autorität aufzuopfern, die gewöhnlich in diesen Umständen sehr oft zum Surrogate einer gründlichen Widerlegung, der man entgehen will, dienen muß. *pp*) Auf diese Weise würde die Praxis, statt der Gerechtigkeitspflege durch Auf-

pis agitata, prolatam fuisse decisionem Camerae ex Gylmanno. Tum de consilii sententia cum rescriberetur ad Judicem Camerae, ut originalia inspiciendi causa daretur, in iis plane diversam et contrariam sententiam fuisse compertam.

pp) Gribner l. c. §. 21.

Aufstellung festerer Normen Dienste zu leisten, sie noch schwankender und unbestimmter machen. *qq*)

§. 12.

Ungleichheit der von den Partheyen oder ihren Anwälden vorgebrachten Gründe.

Das natürliche Recht, und die positiven Gesetze *rr*) machen zwar dem Richter zur Pflicht im Urtheilen auf das, was den gemeinen Rechten offenbar gemäß ist, auch da, wo die Partheyen oder ihre Anwälde sich nicht darauf berufen haben, Rücksicht zu nehmen. Allein wenn ein Gesetz dunkel, und zweifelhaft

qq) Mascard (de probat. Concl. 427. n. 4.) und Wolf (diss. cit. §. 14.) fordern, nach der Theorie der Gewohnheitsrechte, zum Beweise eines Präjudiziums, daß es in contradicto judicio durchgesetzt worden sey. Die Gewißheit von der Gleichheit der Fälle wird aber dadurch nicht mehr begründet.

rr) L. un. C. ut quae desunt advoc. L. 66. D. de judic.

haft, oder wenn über einen Fall gar nichts gesetzliches bestimmt ist, so kann auch diese Obliegenheit des Richters das Fehlende zu ergänzen, oder zu verbessern, nicht eintreten. Denn nur dann kann er dazu verbunden seyn, wenn das Recht für den, so sich darauf zu beziehen unterläßt, so unläugbar spricht, daß der Gegentheil, wenn es auch wirklich angeführt worden wäre, nichts mit Bestand hätte entgegensetzen können. Es kann also geschehen, daß bey einer rechtlichen Verhandlung, worüber entweder gar keine, oder dunkle Normen vorhanden sind, von den Partheyen oder ihren Anwälden die Gründe und Gegengründe nicht in ihrer ganzen Stärke vorgebracht sind; der Richter aber, oder das Justizcollegium deßwegen bestimmt würde, einer Meinung den Beyfall zu geben, welche sie vielleicht nicht würde angenommen haben, wenn die entgegenstehenden Argumente in ihrem ganzen Lichte dargestellt worden wären, die es aber nicht zu suppliren berechtiget ist, weil sie nicht in offenbarem, und unbestrittenem Rechte liegen.

Indessen kann aber dadurch, daß der Richter durch die von einem Theile vorgebrachten vollständigeren und stärker scheinenden Gründe zu einer Entscheidung bestimmt wurde, einem dritten, der in gleichem Falle des ehedem unterlegenen Theils sich befindet, kein Nachtheil erwachsen; um so weniger, wenn dieser im neuern Falle überwiegendere Gründe für sich beybringt. ss)

Man kann freylich dagegen einwenden, daß, auch nach der gewöhnlichen Theorie, ein einziges Urtheil noch keinen Gerichtsgebrauch bildet, und daß es unter die seltensten Eräugnisse gehören müsse, wenn bey mehrern nach einander gefolgten gleichen Fällen immer von einem Theile die seine Sache begünstigenden Gründe anzuführen unterlassen worden ist. Allein dergleichen Fälle sind doch nicht so selten, als man bey dem ersten Gedanken muthmaßen

ss) Dahin deutet vermuthlich auch der Zweifel, den v. Cramer in d. Wetzl. Beyträgen Th. III. Abh. 26. S. 161. sich selbst gegen die Gültigkeit der Präjudizien macht.

masen möchte. Die juristische gemeine Meinung war manchmal eine lange Periode, ja sogar Jahrhunderte hindurch, von einem Irrthume befangen, bis ihn der Forschungsgeist oder andere günstige Zufälle späterer Zeiten glücklicher Weise entdeckten. Wer weiß nicht, daß manche der römischen Gesetze, durch gründliches Studium der Alten und der römischen Verfassung eine ganz andere Auslegung erhalten, oft sogar ihre ganze Anwendbarkeit verloren haben? Wer weiß nicht, daß die historische Entwicklung mancher deutschen Rechtsinstitute sie in einer ganz andern Gestalt dargestellt hat, als wofür man sie vordem angesehen hat? tt) Die höchste Ungerechtigkeit würde

tt) Man denke nur an die römischen Gesetze über die natürliche Verbindlichkeit, deren richtige Erklärung und Anwendung wir erst Webern zu danken haben; — an die Unverbindlichkeit des römischen Rechts in den meisten Theilen des Privatfürstenrechts, wovon erst Pütter mit zusammenhängenden Gründen Deutschlands Rechtsgelehrte überzeugte; an die Lehre von der Einkindschaft, Gütergemein-

würde es daher seyn, deßwegen, weil bey den ähnlichen ältern Fällen diese oder jene Gründe aus Mangel an Einsicht, oder aus Fahrläßigkeit nicht vor dem Richterstuhle angebracht worden sind, bey neuern Fällen, wo sie wirklich vorgelegt wurden, auf dieselbe keine Rücksicht zu nehmen.

§. 13.

Positive Gesetze.

Diese aus allgemeinen Grundsätzen und der Natur der Sache geschöpften Beweise, wurden noch durch positive Gesetze bestätigt.

So gerne auch die römischen Kaiser nach dem Umsturz der Republik die Außenseite der ältern Verfassung zur Befestigung ihrer neuen Gewalt beybehielten, so konnten sie doch, wie es wohl begreiflich ist, das große Ansehen, das

gemeinschaft unter Eheleuten, Nachsteuer- und Abzugsrecht u. a. m. worüber erst die neuern Untersuchungen verdienstvoller Bearbeiter des deutschen Privatrechts Licht verbreitet haben.

das die Magistratspersonen zur Zeit der republikanischen Verfassung genoßen, nicht wohl vertragen. Sonderbar wäre es auch in der That gewesen, wenn sie, deren Absicht auf Alleinherrschaft des römischen Staats gerichtet war, den Entscheidungen ihrer Staatsbeamten ein gesetzähnliches Ansehen hätten beylegen wollen; es läßt sich daher schon nach dieser politischen Lage vermuthen, daß das neuere, unter den Kaisern entstandene römische Recht, dem materiellen Gerichtsgebrauch nicht günstig seyn mag, da anderer Seits vielleicht das ältere zu seiner Vertheidigung noch einige, wenn gleich nur schwache Schutzwehren liefern könnte. *uu*) So verhält es sich auch wirklich. Schon K. Justin verordnete in l. 13. C. de sentent. et interlocut. „Nemo judex, vel „arbiter existimet neque consultationes, „quas non rite judicatas esse putaverit „sequendum, et multo magis sententias

 „emi-

uu) Und doch sagt schon Proculus in l. 12. D. de offic. praesid. „Non tamen spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat."

„eminentiſſimorum Praefectorum vel alio-
„rum procerum (non enim ſi quid non
„bene dirimatur, hoc et in aliorum ju-
„dicum vitium extendi oportet, cum non
„exemplis ſed legibus judicandum ſit) ne-
„que ſi cognitiales ſint ampliſſimae Prae-
„fecturae vel alicujus maximi magiſtratus
„prolatae ſententiae: ſed *omnes judices no-*
„*ſtros veritatem, et legum, et juſtitiae ſequi*
„*veſtigia ſancimus*" Unſtreitbar liegt in den angeführten Worten die Abſicht des Geſetzgebers, den vorhergegangenen Entſcheidungen der Richter die verbindende Kraft für künftige Fälle zu benehmen. Wenn in der Folge die Kaiſer Theodos und Valentinian in l. 2. und 3. C. de leg. et conſtit. ihre eigene und ihres Fürſtenraths Ausſprüche in rechtlichen Sachen nicht als allgemeine Normen aufgeſtellt wiſſen wollten, ſondern ihnen nur dann, wenn einem ſolchen Reſkripte oder einer ſolchen Deciſion die ausdrückliche Klauſel: daß ſie in ähnlichen künftigen Fällen beobachtet werden ſoll, beygefügt ſey, das Anſehen eines allgemeinenen Geſetzes geben wollten; ſo tritt gewiß hier der analogiſche Schluß ein, daß nach

viel-

vielweniger Entscheidungen der Gerichtsstellen in irgend einem Falle, wenn ihnen der Gesetzgeber nicht eine gemein verbindende Kraft ausdrücklich beylegt, auf die rechtliche Würkung gesetzlicher Normen Anspruch machen dürfen.

§. 14.

Prüfung der Gründe für das Ansehen der Präjudizien.

I. Stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers.

Obgleich die Gründe, womit das gesetzähnliche Ansehen der Präjudizien vertheidigt werden kann, wenigstens meines Wissens nach, noch nie systematisch entwickelt worden sind; so giebt es doch wirklich solche, die nicht als geringfügig von der Hand zu weisen, sondern deren Gehalt allerdings einer genauen Prüfung würdig sind.

Einer der stärksten Gründe für den rechtlichen Werth des materiellen Gerichtsgebrauchs beruht auf der stillschweigenden Einwil-

ligung dessen, dem die gesetzgebende Gewalt zusteht. "Wir wollen den Richter, sagen die Vertheidiger der Präjudizien, zu keinem Gesetzgeber machen, indem wir seine uniformen richterlichen Aussprüche in gleichen Fällen für verbindlich halten; wir vermischen keineswegs die richterliche mit der gesetzgebenden Gewalt, sondern wir schließen daraus, daß der Richter ohne Mitwissen und ohne Einhalt des Gesetzgebers auf eine bestimmte Weise entscheidet, auf eine stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers, wodurch den Präjudizien das Siegel des gesetzlichen Ansehens aufgedrückt wird. Die stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers gründet sich aber darauf, daß der Regent entweder überhaupt weiß, daß Präjudizien in seinem Gerichte beobachtet werden, und dieses nichts verbietet, oder seine besondere stillschweigende Einwilligung zur Entstehung eines Gerichtsgebrauchs vorhanden ist; sey es, daß der Regent unmittelbar den Justizberathschlagungen beywohnt, oder ein von ihm beorderter Chef des Justizcollegiums seine Stelle ver-

vertritt. "Allein die Stärke dieses Arguments verliert sich in folgenden Betrachtungen:

1) Der allgemeinen stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers fehlt es hier, so wie in der Theorie der Gewohnheitsrechte, an einer haltbaren Basis. Daraus, daß der Gesetzgeber überhaupt wußte, daß Präjudizien in seinen Gerichten eine Entscheidungsquelle künftiger ähnlicher Fälle sind, kann keinesweges der Wille desselben, dem materiellen Gerichtsgebrauch gesetzliche Kraft zu ertheilen, gefolgert werden; es müßte vielmehr (wenn übrigens die Gültigkeit der Präjudizien sonst keinen Anstand litte) erwiesen werden können, daß der Regent eine gewisse bestimmte Notiz von derjenigen Entscheidung gehabt, von deren verbindenden Kraft für künftige Fälle die Rede ist, und doch dieselbe durch keine authentische Interpretation und kein neues Gesetz gehindert habe. vv)

vv) Sieh hierüber vorzüglich Glücks Erläuterung der Pandekten. Th. I. S. 439 u. flg.

2) Sollte es auch seyn, daß eine rechtliche Entscheidungsart des Gerichts zur Kenntniß des Regenten gekommen ist, so läßt sich doch daraus keine richtige Schlußfolge ziehen, daß er ein solches Präjudizium, wenn dadurch ein dunkles Gesetz erläutert wird, als authenthische Interpretation, oder, wenn solches einen in positiven Gesetzen und ihrer Analogie nicht bestimmten Fall entscheidet, als ein neues positives Gesetz gelten lassen wolle. Kann der Regent einen materiellen Gerichtsgebrauch, von dem er Wissenschaft hat, nicht in dem ersten Falle nur als eine doktrinelle Interpretation des zweifelhaften Gesetzes, und in dem andern Falle als eine, aus dem jedem Richter zur subsidiarischen Norm dienenden natürlichen Recht geschöpfte Entscheidung gebilliget haben?

3) Wenn der Gesetzgeber solche Erkenntnisse, ohne Erinnerung dagegen, fällen ließ, so ist immer mehr zu vermuthen, daß er geglaubt habe, sie wären ganz dem Sinne des Rechts gemäß, als daß er sie für neue Auslegun-

legungen authentisch anerkennen, oder als neue positive Normen gelten lassen wollte. ww)

4) Noch weniger kann bey solchen Urtheilen, worin die Thathandlung mit dem Rechte verglichen, und als gesetzmäßig oder nicht entschieden wird, apodiktisch gewiß bestimmt werden, welcher faktische Umstand den Regenten zur stillschweigenden Approbation bewogen hat.

5) Wenn endlich auch alle diese Umstände nicht statt fänden, so haben die deutschen Landesherrn besonders, nachdem einmal jeder Einfluß derselben auf die Justizverwaltung als gefährlich angesehen, und gehässig wurde, den Justizstellen ihre Gegenwart entzogen, und man darf als gewiß annehmen, daß in keinem, auch nicht im unbedeutendesten deutschen Lande der Landesherr seinen Justizcollegien selbst vorsitzt, und nur in äußerst wenigen gelangen die richterlichen Entscheidungen zur Kenntniß des

ww) Strubens rechtl. Bedenk. Th. I. Bed. 24. S. 24.

des Landesherrn. Worauf soll sich nach dieser Lage der deutschen Gerichtsverfassung die stillschweigende Einwilligung des Landesherrn in die Rechtssprüche seiner Tribunale gründen? Die Präsidenten, Direktoren u. d. gl. welche im Namen des Landesherrn dem Justizcollegium vorstehen, vertreten die Stelle desselben nicht als Gesetzgebers, oder authentischen Interpretators der Gesetze, sondern als obersten Richters; und die Absicht ihrer Anstellung geht nur auf die Handhabung der guten Ordnung im Gerichte. Dieses ergiebt sich schon daraus, weil es, gleich einem unbezweifelten Grundsatze, als ein ganz nichtiges Verfahren angesehen wird, wenn ein Präsident, Direktor, oder der unter irgend einem andern Namen vorkommende Chef eines Justiztribunals, eine durch die Mehrheit der Stimmen beschlossene Entscheidung, verwerfen, oder abändern wollte. Wie kann nun sein Stillschweigen bey Urtheilen, worin eine dunkle Gesetznorm erläutert; oder bey mangelnden gesetzlichen Bestimmungen eine neue aufgestellt wird, die stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers in sich schließen?

§. 15.

II. Verbindende Kraft der Präjudizien als rechtliche Gewohnheiten.

"Man erkennt die Gewohnheitsrechte, — könnte von den Apologisten des materiellen Gerichtsgebrauchs fortgefahren werden, — für eben so verbindliche Normen, als die Gesetze selbst. Die wahren Präjudizien sind nichts anders, als Gewohnheiten der Gerichte in Entscheidung solcher Fälle, deren Bestimmung entweder in den Gesetzen gar nicht, oder dunkel enthalten ist; wenn also Rechtsgewohnheiten Gesetzeskraft haben, so können auch die Präjudizien auf diesen Werth Anspruch machen."

Die Präjudizien sollen entweder nach der Theorie der Observanzen oder der Gewohnheiten im besondern Sinne, beurtheilt werden. Für Observanzen können sie nicht gelten, denn die Mitglieder eines Justizcollegiums sind der Regel nach nicht unter sich auszumachen befugt, was Recht für künftige Fälle seyn soll. Es lassen sich, wie be-

reits

reits (§. 3.) vorgekommen ist, Observanzen in Rücksicht des formellen Gerichtsgebrauchs, aber nicht in Rücksicht des materiellen in der Regel gedenken. Aber auch die aus der Natur der Sache und positiven Gesetzgebung abgeleiteten Würkungen der Gewohnheit (consuetudo) passen nicht auf den materiellen Gerichtsgebrauch. Die Gründe, die mir diese Ueberzeugung verschaffen, sind folgende:

I. Es läßt sich nicht wohl gedenken, daß durch gerichtliche Urtheile eine von den Unterthanen des Staats zu beobachtende allgemeine Rechtsnorm festgesetzt werden kann. Ein wesentlicher Grundzug der Idee eines Gewohnheitsrechts scheint darin zu liegen, daß nicht unmittelbar die gesetzgebende Gewalt, sondern die Autonomie der Staatsbürger selbst ihr Daseyn bewirket. xx) Freywillige Handlungen der Unterthanen sind also absolute Bedingnisse zur gültigen Entstehung eines

xx) Pütters Beytr. zum d. Staats- und Fürstenrecht Th. II. N. XXI. S. 12.

nes Gewohnheitsrechtes. *yy*) Es kann also das, was in den Gerichten, zur richterlichen Beurtheilung der Handlungen angenommen wird, nicht mit dem Namen eines Gewohnheitsrechtes belegt, und nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes von den Gewohnheiten bemessen werden. Der Richter kann nur beurtheilen, ob die Handlungen dem Gesetze oder der rechtlichen Gewohnheit gemäß sind; er ist aber eben so wenig befugt, durch seine Urtheile eine rechtliche Gewohnheit, als ein wirkliches Gesetz hervorzubringen. *zz*)

II. Eines der wesentlichen Erfordernisse einer Rechtsgewohnheit ist, daß die Handlungen, woraus sie gebildet werden, einander uniform gewesen sind. Es ist aber oben schon angeführt worden, daß es nicht gedenkbar sey, daß immer alle Fälle, welche zu einem

yy) Theod. Schmalz natürliches Staatsrecht. §. 123.

zz) Auch in den römischen Gesetzen (l. 38. D. de leg.) wird ein Unterschied unter *consuetudo*. und *res perpetuo similiter judicatae* gemacht.

nem Präjudizium Veranlassung gegeben haben, einander ganz gleich sind; daß alle Umstände, welche den einen Fall begleitet haben, auch mit den andern verbunden sind. Wenn nun dieses nicht ist, so kann auch das Urtheil, das in dem einen Falle ergieng, keine unabänderliche Richtschnur für andere Fälle abgeben, bey denen vielleicht ein kleiner unbedeutend scheinender Umstand fehlt, der ein Bestimmungsgrund des Urtheils im vorhergehenden Falle gewesen war, oder mit dem ein neuer Umstand verbunden ist, der das Urtheil jetzt wieder ganz verändern kann.

Man kann zwar sogleich dagegen einwenden, daß diese fast mathematisch genaue Uniformität sich auch nicht bey Handlungen, aus denen die andern Gewohnheitsrechte entstehen, vorhanden seyn könne, da mit jeder Handlung allerhand Umstände können verbunden gewesen seyn, die es bey der folgenden nicht sind; nach dieser Strenge also würde sich keine rechtliche Gewohnheit bilden können. Allein es scheint doch hier ein feiner Unterschied zum Grunde zu liegen. Zur Bildung

eines Gewohnheitsrechts wird blos auf die Handlung selbst gesehen, nicht auf den bestimmenden Beweggrund des Handelnden; es ist z. B. genug, wenn dargethan ist, daß die Familienväter ihre Töchter von der Erbfolge durch eine Reihe von Generationen wirklich ausgeschlossen haben, um die Gewohnheit des alleinigen Erbrechts der Söhne zu beweisen. Bey den Präjudizien aber käme es auf die Gründe der Urtheilenden an; es käme z. B. wenn die Erbfähigkeit der Töchter auf Präjudizien sich gründen sollte, darauf an: welche Umstände die Richter bestimmt haben, in jedem Falle die Töchter des Erbrechtes untheilhaftig zu erklären. Die den Urtheiler motivirende Umstände der Rechtsfälle also müßten einander ganz gleich seyn, welche Gleichheit, wo nicht ganz unmöglich, doch gewiß äußerst selten eintritt.

§. 16.

§. 16.

III. Durch Präjudizien erworbene Rechte.

"In einem Lande, sagt Erhard *aaa*) wo auf Gewohnheit und *rem judicatam* (darunter versteht er, wie der Zusammenhang giebt, das, was hier materieller Gerichtsgebrauch heißt) Rücksicht genommen wird, da wird die Regierung ohne offenbaren Despotismus schwerlich so weit gehen, daß sie eine authentische Interpretation auf geschehene Fälle zieht. Ob in einer Streitsache zu meinem Nachtheile dem Gesetze zuwider befohlen wird, du sollst unrecht haben, obgleich das Gesetz dir Recht giebt, oder ob die Regierung zu mir sagt: du hast unrecht, denn wir wollen das Gesetz anders erklären, als es bisher angewendet ward, das ist beydes von Seiten der Regierung gleich ungerecht."

Allein

aaa) Chr. Dan. Eberhards Versuch einer Kritik des allgemein. Gesetzbuchs für preuss. Staaten. 1ten Thls 1ter Band S. 295.

Allein wodurch erlangen denn streitende Theile ein Recht, daß in ihrer Sache eben so gesprochen wird, als in einer ähnlichen vorhergehenden, wenn die Gesetze nicht bestimmt genug, oder für den bestimmten Fall gar nichts sprechen? Bleibt dem Richter die Freyheit einer richterlichen doktrinellen Auslegung und Anwendung der Gesetze nicht immer unbeschränkt, seine Vorgänger mögen die Gesetze angewendet haben, wie sie wollen? *bbb*) Die authentische Interpretation kann freylich auf geschehene Fälle ohne offenbare Verletzung der Gerechtigkeit, eben so wenig gezogen werden, so wenig ein Gesetz auf vorhergegangene Handlungen zurückwirken kann. Wenn aber von vorhergegangenen Entscheidungen bey ähnlichen Fällen abgewichen wird, so verträgt sich dieses mit der richterlichen Befugniß der Auslegung und Anwendung des positiven Rechts, oder

bbb) Ob nicht in peinlichen Fällen aus vorhergegangenen Präjudizien der nachkommende Verbrecher ein Recht auf gleiche Behandlung erwirbt, wird unten §. 22 noch besonders vorkommen.

oder des Gebrauchs natürlicher Rechtsgrund- sätze da, wo positive Normen mangeln; denn die richterlichen Aussprüche sollen durch Ueber- zeugung und eigene Einsicht geleitet werden. Hierin ist also gleichsam der Richter noch un- gebundener, als selbst der Gesetzgeber. Die- ser kann dem materiellen Gerichtsgebrauch, wenn dieser in einem Gerichte als Entschei- dungsnorm angenommen seyn sollte, für einen besondern, bereits geschehenen Fall seine bisherige Würkung durch einen Macht- spruch nicht benehmen. Jener hingegen ist befugt, ja verpflichtet, die Art, wie bisher entschieden ward, für einen bereits geschehe- nen, im Gerichte nun vorkommenden Fall, zu verlassen, wenn einer Seits keine klare un- bezweifelte Rechtsnorm ihn bindet, anderer Seits seine Ueberzeugung ihm einer andern Meinung Beyfall zu geben, gebietet.

§. 17.

IV. Förmliche Wahrheit der Präjudizien.

Ziegler ccc) findet einen beruhigenden Grund des Ansehens der Präjudizien in der Unterscheidung der wirklichen und förmlichen Rechtswahrheit; jene liege in positiven Normen, diese in der Anwendung derselben auf wirkliche Fakta. Da nun die wirkliche Wahrheit des Rechts oft so verwickelt sey, so tief vergraben liege, auch durch so vielartige Zeugnisse verdunkelt werde, daß ihre richtige Bestimmung fast unmöglich scheine, so müßten die richterlichen Aussprüche, die nur förmliche Rechtswahrheit enthielten, die Würkungen der wirklichen, bekommen, wenn gleich andere ihre Unrichtigkeit einsehen, oder diese in der Folge durch genauere Prüfung sich herauswerfen sollte."

ccc) *Ziegler* Dicastice. Conclus. XXXV. §. 6.

Für den Unterschied zwischen wirklichem und förmlichen Rechte, den Möser *ddd*) noch treffender bezeichnet hat, spricht allerdings die Natur der Sache. Wer sieht aber nicht ein, daß sich, die mit dem wirklichen Rechte das Gleichgewicht haltende Kraft des förmlichen Rechts nicht weiter, als auf einzelne Entscheidungen erstrecken kann? Nur für die litigirenden Theile in jedem besondern Falle hat die res judicata die Würkung des wirklichen Rechtes. Es liegt vielmehr schon in dem Geiste des Unterschiedes zwischen förmlichem und wirklichem Rechte, daß erstes von letzterem, wie Erscheinung und Realität unterschieden, mithin nach subjektiven Veränderungen wandelbar, und ungleich ist.

§. 18.

V. Positive Gesetze.

α römisches Recht.

Die unumstößlichsten Beweise für die verbindende Kraft des materiellen Gerichtsgebrauchs

ddd) Patriotische Phantasien. Th. IV. N. XXX.

brauchs glaubt man in dem römischen Gesetzbuche und in den deutschen Reichsgesetzen anzutreffen. Aus jenem gehört vorzüglich hieher l. 38. D. de leg. wo Kallistrat sagt: „Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, *consuetudinem*, *aut rerum perpetuo similiter judicatarum* auctoritatem, vim legis obtinere debere." Erklärt man diese Gesetzstelle blos nach ihren Worten, so hat freylich das Ansehen der Präjudizien an ihr keine unbedeutende Schutzwehre, obgleich schon in dem Worte: perpetuo, eine Bedingniß liegt, die selten bey den Präjudizien sich findet, und die Anzahl derjenigen, welche durch die erwähnte gesetzliche Bestimmung verbindende Kraft erhalten sollen, sehr vermindert. Prüft man aber die Anwendbarkeit jenes Gesetzes durch Vergleichung jener Zeiten, aus welchen selbiges seinen Ursprung hat, mit unserer heutigen Gerichtsverfassung, so verliert diese Stelle ihr zur Erhebung der Präjudizien beygelegtes Gewicht.

I) Als Rom noch der republikanischen Verfassung genoß, wo die gesetzgebende Gewalt dem Volke zustand, konnten öffentliche, mehrmals in gleichen Fällen auf gleiche Art wiederholte Urtheilssprüche durch die stillschweigende Einwilligung des gegenwärtigen Volkes zu Gesetzen werden. Die Geschichte liefert mehrere Beyspiele, daß die Kaiser, nach der Umwälzung der republikanischen Konstitution, gerne noch manches eben nicht sehr bedeutende Bruchstück der ältern Verfassung unversehrt stehen ließen, um weniger Mißtrauen zu erregen; indeß sie andere ihnen wichtigere Theile der Staatseinrichtung nach ihrem Sinne umschufen. Daher sind noch manche Ueberreste der römischen Volksregierung in der spätern Gesetzgebung der Kaiser sichtbar, unter welche auch vorliegende Stelle des römischen Rechts gezählt werden kann. eee)

II) Will man aber auch in der Erklärung derselben nicht in so frühe Zeiten hinaufsteigen, so

eee) *Gribner* l. c. §. 25. Struben in den R. Bed. I. 24. §. 1.

so findet man die wahrscheinlichste Veranlassung in der Gerechtigkeitspflege unter den Kaisern selbst. In zweifelhaften Fällen kamen die römischen Rechtsgelehrten zuweilen auf dem Forum zusammen, und ertheilten nach gepflogener Berathschlagung, welche disputatio Fori hieß, einen gemeinschaftlichen Bescheid, und ihre Entscheidungen mit den durch Gewohnheit eingeführten Rechten wurden receptae sententiae, receptum jus genennt. *fff)* Kaiser August umgab die römischen Rechtsgelehrten gleichsam mit einem gesetzgebenden Ansehen, *ggg)* so, daß ihren Entscheidungen gleich Gesetzen gehuldiget wurde, und die Richter verbunden waren, nach den consiliis

 und

fff) Die Beweißstellen findet man in Alex. Adams Handbuch der röm. Alterthümer I. Band Seite 340 u. ff.

ggg) L. 2. §. 47. D. de Orig. Jur. „Ante tempora Augusti publice respondendi jus non a Principibus dabatur. — Primus D. Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent.„

und responsis der sogenannten prudentum sich bey Abfassung ihrer Urtheile zu richten; eine Sitte, von der die Beweise auch in Justinians Gesetzen sich finden. *hhh*) Damals also hieng das Ansehen der Präjudizien von der Autorität der Rechtsgelehrten ab; sie wurden deßwegen nicht nur Interpretes, sondern auch Conditores und Auctores juris genannt. *iii*) Insoferne nun diese eigentlich Gesetzgeber waren, hatten jene gesetzliche Kraft. Da wir aber heut zu Tage kein Merkmal dieser Gerichtsverfassung in den unsrigen finden, da wir keine Prudentes, deren consilia und responsa zu einem gesetzlichen Ansehen erhoben sind, keine Richter haben, deren Urtheile neue Rechte festsetzen können, so haben die richterlichen Aussprüche diejenige Kraft und Würkung

hhh) §. 8. J. de Jure N. G. et C. „Responsa prudentum sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere — quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici a responsis eorum recedere non liceret.„

iii) *Sigonius* de antiq. jure Civ. Rom. L. II. c. 18. Alex. Adams l. c.

kung für künftige Fälle nicht, welchen den eben erwähnten Entscheidungen beygelegt wurden. *kkk*)

§. 19.

Fortsetzung.

Von weit minderm Belange sind die andern zuweilen für die Sache der Präjudizien angeführten römischen Gesetze. Wenn es in l. 4. C. de sent. et interloc. heißt, Prolatam a praeside sententiam *contra solitum judiciorum ordinem* auctoritatem rei judicatae non obtinere certum est, so ergiebt sich nach der wörtlichen Auslegung dieser Stelle, daß hier nicht eine Gerichtsgewohnheit, sondern der Gerichtsstil und der Gerichtsgang, oder wie beyde oben unter dem Namen des formellen Gerichtsgebrauchs, begriffen würden, verstanden

kkk) Emmerich über Prozeßkosten, deren Erstattung und Compensation, Th. 1. S. 278. *Wibeking* de incommodis per interpretationes usuales et observantias in jurisprud. invectas, §. 8.

standen werde; nicht zu gedenken, daß der Brauchbarkeit auch dieses Gesetzes der allgemeine Grundsatz: daß jene Dispositionen des römischen, welche auf die eigene Gerichtsverfassung Rom einen Bezug haben, für Deutschland nicht verbindlich sind, entgegen steht. Eben so ist in l. 3. C. de aedif. priv. wo K. Alexander rescribirt: „Praeses *probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt*, causa cognita, statuet, keine Bestätigung der Gerichtsgewohnheiten enthalten, sondern lediglich von den ordinären Gewohnheiten eines Orts die Rede. So spricht auch l. 37. D. de legibus: „si de interpretatione legis quaeratur; inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo„ keineswegs von gerichtlichen, sondern von aussergerichtlichen Gewohnheiten.

Wenn diesem zufolge die angeführten Stellen des römischen Gesetzbuchs zur Unterstützung des rechtlichen Werthes des materiellen Gerichtsgebrauchs dienen sollen, so werden

den dieselben zum Theile wörtlich misverstanden, zum Theile ohne alle Betrachtung des Unterschieds zwischen dem römischen und unserm heutigen Gerichtszustande, sohin mit Verletzung des ersten Grundsatzes vom richtigen Gebrauche der fremden recipirten Rechte angewendet.

§. 20.

β) Deutsches Recht.

Das gemeine deutsche Recht liefert noch weniger einen hinlänglichen Beweis für das gesetzähnliche Ansehen des materiellen Gerichtsgebrauchs. Den Reichsgerichten ist zwar aus guten politischen Gründen in mehrern Stellen der Reichsgesetze vorgeschrieben, aufs möglichste, Ungleichheit oder Widersprüche in Erkenntnissen zu vermeiden; es ist aber denselben, im nothwendigen Zusammenhange mit diesem Vordersatze eine eigene Art provisorischer Gesetzgebung verliehen worden, wovon sogleich mehr zu reden die Gelegenheit seyn wird. Dadurch erhalten die reichsgerichtlichen Präjudizien,

die nach der von den Reichsgesetzen vorgezeichneten Weise entstanden sind, einen Karakter, der den Präjudizien der gemeinen Art, und bey deutschen Territorialgerichten in der Regel mangelt; vielmehr könnte daraus ein Gegenbeweis von der Nichtverbindlichkeit der gemeinen Präjudizien gebildet werden.

Wäre es übrigens auch der Fall, daß die Reichsgesetze die gleichförmigen Urtheile der Senate des Kammergerichtes, ohne hinzukommende Sanktion des Plenums, als verbindende Richtschnur für künftige Fälle angesehen wissen wollten, so würde dieses schlechterdings nicht auf die reichsständischen Gerichte ausgedehnt werden können. Diese haben zwar schon von ihrer Entstehung an die reichsgerichtliche Verfassung sehr häufig nachgeahmet, aber niemals waren sie gesetzlich an diejenigen Vorschriften gebunden, die nur für die Reichsgerichte allein gegeben waren. Daß aber die reichsgesetzlichen Bestimmungen, welche die Präjudizien betreffen, unter diejenigen zu rechnen seyn, deren Absicht sich auch auf die reichsständische Gerichte verbreitet, wird wohl

Nie-

Niemand, nach richtiger Beurtheilung der Stelle des J. R. Abschieds: "es sollen auch "K. u. St. d. R. bey ihren Untergerichten "die Verordnung thun, damit so viel mög"lich, bey denenselben die Norme des kammergerichtlichen Prozesses obser"virt werden ꝛc." lll) mit Grunde behaupten können.

Eben so wenig wird man sich, um für diesen rechtlichen Gegenstand eine Stütze, im gemeinen deutschen Rechte zu finden, jetzt noch im Ernste auf die Uebereinstimmung der meisten, oder sey es auch, aller deutschen Gerichte, und ihrer Verfassung im Punkte der Präjudizien, berufen, nachdem das Unzulängliche dieser Methode das Daseyn eines deutschen Rechts zu beweisen mit unbesieglichen Gründen dargelegt ist mmm).

§. 21.

lll) §. 137.

mmm) Hufelands Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften. 1tes Stück.

§. 21.

Besondere Betrachtung einiger Gattungen der Präjudizien

1) in Lehensachen.

Die bisher ausgeführten Gründe gegen den gesetzlichen Werth des materiellen Gerichtsgebrauchs überhaupt finden zwar ihre uneingeschränkte Anwendung auf jede besondere Gattung der Präjudizien nach der Verschiedenheit der rechtlichen Gegenstände; es treten aber noch eigene Betrachtungen in dieser Hinsicht bey einzelnen Klassen derselben ein.

Was diejenigen Präjudizien angeht, die in das deutsche Territorialstaats- und Fürstenrecht einschlagen, so wird da, wo von den reichsgerichtlichen Präjudizien gehandelt wird, auch hierüber zu reden Gelegenheit seyn.

Bey den lehenrechtlichen Präjudizien tritt noch der besondere Umstand ein, daß ihnen der Werth einer verbindenden Rechtsnorm auch dann nicht beygelegt werden kann, wenn auch in bürgerlichen Sachen dem mate-

riellen Gerichtsgebrauch diese Kraft ungezweifelt zukommen sollte. In bürgerlichen Verhältnissen giebt der Regent gesetzliche Bestimmung; in Lehensachen beruhen die wechselseitigen Verhältnisse zwischen Lehenherren und Vasallen, und der Vasallen untereinander auf Verträgen, die ausdrücklich oder stillschweigend entweder zwischen Lehenherrn und einzelnen Vasallen, oder zwischen jenem, und der ganzen Lehnmannschaft eingegangen sind. Hier läßt sich also zur Bildung einer Gerichtsgewohnheit weder ein stillschweigender noch ausdrücklicher Konsens des gesetzgebenden Oberhaupts gedenken. Denn der Lehenherr hat zwar die lehenrichterliche, aber, der Regel nach, keine lehengesetzgebende Gewalt. An solchen Lehenkanzleyen also, wo ein vertragsmäßiges Lehenhofrecht die Entscheidungen der Lehenstreitigkeiten leitet, nnn) können schlechterdings keine gültigen Präjudizien entstehen, da es solchen, ganz außer allem Zweifel, an einem

nnn) Schnauberts Erläuterung des in Deutschl. üblichen Lehenrechts. Th. I. §. 33. S. 75.

einem rechtlichen Fundamente fehlt, und dadurch die Rechte der Vasallen offenbar gekränkt würden. ooo)

§. 22.

2) In peinlichen Sachen.

Wenn den Präjudizien in irgend einer Gattung rechtlicher Verhältnisse eine verbindende Kraft beygelegt werden kann, so sollte man glauben, daß die Präjudizien in Kriminalfällen den näheſten Anspruch darauf zu machen hätten. Denn der Grad der Zurechnung hängt von dem Bewußtseyn der Strafe ab, die auf ein Verbrechen entweder gesetzlich bestimmt

ooo) Dieses Argument ist freylich da nicht anwendbar, wo ein Lehenhof unter der Landeshoheit eines Dritten steht, wo also der Landesherr die lehengesezgebende und zugleich die Ausübung der lehenrichterlichen Gewalt hat. In dem Falle ließ sich eher, ein consensus imperantis in die lehenrichterlichen Urtheile gedenken, wenn nicht die obenangeführten allgemeinen Gründe gegen die Gültigkeit der Präjudizien im Wege stünden.

stimmt ist, *ppp*) oder durch gerichtliche Gewohnheit bisher statt gehabt hat. War also z. B. die Todesstrafe eine Zeitlang außer Uebung oder wurde sie auf eine Gattung von Verbrechen nicht angewendet, so war dem Delinquenten bey Unternehmung seines Verbrechens die Vorstellung natürlich, daß seine Handlung diese hohe Strafe nicht zur Folge haben würde; es kann ihm daher das Verbrechen nicht in dem Grade imputirt werden, als es ihm zur Last gelegt werden könnte, wenn er den Verlust des Lebens als die Strafe, die seiner bösen Handlung wartete, gekannt hätte. —

Allein es kömmt nicht darauf an, was der Verbrecher sich für eine Strafe als die Folge seiner Uebelthat wirklich vorstellte, sondern die kömmt in Anschlag, welche er sich hätte vorstellen können und sollen. Wenn auf ein Verbrechen die Todesstrafe in den Gesetzen deutlich bestimmt war, so hätte ihn diese (wenn

ppp) Kleinschrods sistem. Entwiklung der Grundbegriffe u. Grundwahrheiten des peinl. Rechts. Th. 1. §. 49.

(wenn er übrigens das Gesetz wissen konnte) von der Unternehmung der bösen That abschrecken sollen; und wenn daher auch der Gerichtsgebrauch eine Gattung von Verbrechen eine Zeitlang nicht mehr mit der erwähnten Strafe belegte, so wird man nicht allgemein behaupten können, daß die Rücksicht, welche die über die gesetzliche Strafe hinwegsehenden Verbrecher allein auf jene Gerichtsgewohnheit nehmen, die Imputation schwächet. Gesetzt aber auch, es träte der besondere Fall ein, daß einem solchen Verbrecher die im Gerichte zur Gewohnheit gewordene Strafbestimmung besser, als die gesetzliche bekannt gewesen wäre, oder daß er diese durch jene in der That aufgehoben geglaubt hätte, so würde daraus höchstens nur so viel folgen, daß der Delinquent in diesem besondern Falle nicht mit der ordentlichen gesetzmäßigen Strafe belegt werden kann; aber keineswegs würde deßwegen jeder Verbrecher dieser Gattung im Allgemeinen aus einer solchen durch Gewohnheit der peinlichen Gerichtsstelle eingeführten Strafe ein Recht auf gleiche Behandlung erwerben.

Aus

Aus einem andern Grunde können jedoch in peinlichen Fällen die Präjudizien einen rechtlichen Werth erhalten. Nach der Verfassung aller deutschen Gerichte werden Strafurtheile vor ihrer Vollziehung dem Landesherrn, da ihm das Begnadigungsrecht zusteht, zur Bestätigung vorgelegt; er bekömmt also dadurch von einer im Gerichte sich bildenden Gewohnheit, in peinlichen Fällen auf eine gewisse Art zu entscheiden, unmittelbar Wissenschaft, und es ist daher die Vermuthung zu fassen, daß er als Gesetzgeber solchen Präjudizien, die er stillschweigend billigte, eine verbindende, ja nach Umständen sogar dem gemeinen Rechte derogirende Kraft verleihen wollte. qqq)

qqq) Struben sagt daher in den rechtl. Bedenken IV. 78. "Zwar machen die Praejudicia derjenigen, welchen die gesetzgebende Gewalt mangelt, kein Recht. Aber die hiesigen (Kurhanöverschen) Criminalurtheile werden jedesmal von der königl. Landesregierung genehmiget, welche mit solcher Gewalt versehen ist."

§. 23.

Rechtliches und politisches Resultat.

Diese Untersuchungen liefern nun die rechtliche Schlußfolge, daß in der Regel, der materielle Gerichtsgebrauch oder die Präjudizien keinen rechtlichen Werth haben, und daß dieser Grundsatz nur in den Fällen Ausnahmen leidet: 1) wenn die gerichtlichen Entscheidungen jederzeit zur Kenntniß des Gesetzgebers gelangen, und diesem überdas nicht unbekannt ist, daß in dem Gerichte Präjudizien, als gültige Entscheidungsnormen für künftige ähnliche Fälle, angesehen werden; oder 2) wenn der Gesetzgeber im Allgemeinen, aber ausdrücklich einen materiellen Gerichtsgebrauch billiget; endlich 3) wenn dem Justiztribunale durch ausdrückliche Gesetze oder unbezweifelte Landesverfassung das Recht zukömmt, durch eigene Deliberationen, wie in zweifelhaften ähnlichen Fällen entschieden werden soll, festzusetzen. —

Wird nun die Summe der rechtlichen Argumente gegen den Werth der Präjudizien, mit den politischen Gründen, die die Aufrechthaltung ihres gesetzähnlichen Ansehens räthlich machen, in die Wageschale gelegt, so scheinen diese vor jenen kein unbedeutendes Uebergewicht zu gewinnen. Keinem kann es entgehen, daß die gemeine Meinung und das Vertrauen zu einer Justizstelle, ja selbst zur Gesetzgebung, vielleicht durch nichts mehr verliert, als durch Wechsel ihrer Grundsätze und Unstetigkeit ihrer Urtheile. Kein Gesetzbuch läßt sich überdies in der Vollständigkeit entwerfen, daß nicht tausendfältige Ergänzungen und Berichtigungen in der Folge nothwendig werden; und wie können diese zweckmäßiger geschehen, als durch die Anerkennung der Gerichtsgewohnheiten? Allein doch nicht alle politische Wahrheit liegt auf der Seite des Gerichtsgebrauchs. Würden einzelne richterliche Entscheidungen zu einer verbindenden Kraft erhoben, so erhielt offenbar zum Nachtheil der Gerechtigkeitspflege, das Recht nach den zufälligen Einsichten der Vorfahren das Gepräge der Gültigkeit, und die vielleicht bes-

sere Ueberzeugung der Folgewelt müßte dem oft schätzbaren, aber manchmal auch nur täuschenden Ansehen des Alterthums, ohne Ausnahme aufgeopfert werden. Auch würde die richterliche und gesetzgebende Gewalt nicht nur in einem Subjekte, sondern sogar in einem Akte verbunden. Daß aber eine solche Amalgamation manche Uebel erzeuget, wird keineswegs mehr bezweifelt. *rrr*) Wenn aber auch alle diese politischen Inkonvenienzen nicht wären, so lassen sich Recht und Politik, als heterogene Begriffe, nicht gegeneinander abwägen, und das, was seinem Wesen nach mit den Begriffen des Rechts sich nicht verträgt, kann durch die wichtigsten politischen Diktaten nicht zu Recht umgeschaffen werden. Und giebt es dann, ohne gerade eine rechtliche Verbindlichkeit vorhergegangener gleichförmigern Entscheidungen zu erzwingen, nicht noch andere Wege, wodurch die

rrr) Vgl. E. F. Klein über das Verhältniß der gesezgebenden und richterlichen Gewalt, in seinen kurzen Aufsätzen über verschiedene Gegenstände (Halle, 1797.) S. 141.

die Absicht einer Uniformität im Urtheilen noch besser, als durch die gemeine schwankende Lehre von den Präjudizien erreicht werden kann? Man lege nur in den Territorialgerichten, mittelst ausdrücklicher Landesgesetze, *sss*) die Einrichtung der höchsten Reichsgerichte in diesem Punkte, die wir etwas näher zu betrachten im Begriffe sind, zum Grunde. Oder, man errichte, welches vielleicht noch vortheilhafter ist, nach dem Beyspiele eines im Justizwesen nachahmungswürdig eingerichteten Staats, Gesetzkommissionen, an welche solche Rechtsfälle, worüber die Gesetze entweder gar keine, oder keine deutliche und unbe-

sss) Den reichsständischen Gerichten kömmt aber eine solche provisorische Gewalt nicht an sich schon zu, und sie können, ohne Einwilligung des Landsherrn, durch gemeine Schlüsse eben so wenig einen materiellen, als formellen Gerichtsgebrauch (§. 3.) festsetzen. Denn von der Verfassung des ganzen Reichs läßt sich auf Territorialverfassung kein publizistisch gültiger Schluß machen. S. *Schnaubert* de analogia Iur. publ. imp. in fontibus jur. publ. territ. non numeranda. Helmst. 1785. und in Mereau's Miscell. Th. I. S. 428.

strittene Bestimmung enthalten, entweder zur wirklichen Festsetzung einer klaren Entscheidungsnorm, oder zur Begutachtung einer solchen verwiesen werden.

Dritter Abschnitt.

Von den reichsgerichtlichen Präjudizien.

§. 24.

Veranlassung derselben und gesetzliche Vorschriften darüber.

Das hinfällige Ansehen des Gerichtsgebrauchs, insbesondere der Präjudizien, und die in der Natur der Sache und dem gemeinen Rechte gegründeten Zweifel, die man ihrer Anwendbarkeit entgegensetzen kann, haben wahrscheinlich eben so viel Antheil daran, daß die Gesetzgeber des Reichs den höchsten Tribunalen

len eine provisorische Gesetzgebungsgewalt einräumten, als die durch Erfahrung erlernte Nothwendigkeit, die geschriebenen Gesetze von Zeit zu Zeit zu ändern, und zu verbessern.

Die ersten Spuren dieses Rechts der höchsten Reichsgerichte zeigen sich schon in der Kammergerichtsordnung v. 1500 *ttt*) "Was fernerer Ordnuung und Prozeß halber halben des Kammergerichts nothdürftig, und hierin nicht geordnet, noch versehen, befehlen Wir hiemit Unserem Reichsregiment mit samt Unsern Cammerrichtern und Beysitzern, mit der Zeit nothdürftiglich ihres besten Verständnisses zu ordnen, fürzunehmen, zu setzen, und zu machen." Mehr entwickelte sich dieses wichtige Vorrecht der Reichsgerichte durch die Ordnung v. 1555 *uuu*) in den Worten: "Ob dieser Ordnnng des Prozeß halber des Cammergerichts Zweifel einfallen, oder weitere Ordnung und Fürsehung zu thun, vonnöthen seyn würde, wollen

 Wir

ttt) Tit. 23.

uuu) Th. II. Tit. 36.

Wir Cammerrichtern und Beysitzern befohlen haben, jederzeit wenn es die Nothdurft erfordert, des Prozeß halben, diese Ordnung ihres besten Verständniß zu declariren, zu bessern, auch weitere nothwendige Fürsehung und Ordnung fürzunehmen, und zu machen, und dieselbige also bis zu der jährlichen Visitation des Cammergerichts zu halten befehlen, und alsdann dieselbige samt den andern Mängeln denen verordneten Commissarien und Visitatoren fürzubringen, die ferner solche approbiren, oder sonst derhalben gebührliches Einsehen thun sollen."

Zwar scheinen Churf. F. und Stände nach dem R. Absch. v. 1566 *vvv*) die Vereinigung des vollen Raths über ein festzusetzendes Präjudizium, als wesentliches Requisit zur Verbindlichkeit desselben, wieder einigermassen aus dem Auge verloren zu haben, da es heißt: "Wann auch hinfürter Bescheid oder decreta auf supplicationes in wichtigen oder auch zwei-

vvv) §. 94.

zweifelichen Sachen gefaßt, so sollen die Motiva derselben zusamt der Referenten Namen durch die Protonotarien fleisig neben bey dem Bescheid aufgeschrieben werden, auf das, wo die Procuratores etwan folgends wiederum durch dergleichen supplicationes ansuchen, Cammerrichter und Beysitzer sich derselben Motiven erinnern, und nach derselben Gleichheit zu halten, und sich zu richten haben." Allein der darauf erfolgte R. A. v. 1570 *wwww*) hebt diesen Zweifel, indem er deutlich verordnet: "Damit aber aller Veränderung und Ungleichheit künftiglich vorgekommen werden möge, ordnen und befehlen Wir unserm Cammerrichter a) etliche Beysitzer insonderheit zu verordnen, so die Substantial Qualitates, darauf die Proceß, es sey in erster oder anderer Instanz zu erkennen, bevorab in Sachen Fractae pacis Pfändungen, Mandatorum S. C. inhibitionum, Citationis contra plures correos, diversi Fori und dergleichen, so täglich fürkommen, zusammen tragen sollen, darnach in *pleno Senatu* referiren, darauf sich das

Col-

wwww) §. 77.

Collegium eines einhelligen Brauchs, und alten *styli* in Fundirung unsers Cammergerichts Jurisdiction, und Ertheilung der Prozeß endlich vergleichen, b) darneben auch diejenigen *opiniones*, so bey den Rechtslehrern ganz streitig, und aber *in relationibus causarum* mit Approbation des ganzen Raths angenommen seynd, mit Fleiß colligiren, solches alles in ein besonder Protokollbuch, so die Leser in ihrer Verwahrung haben sollen, mit Vorwissen unsers Cammerrichters, durch einen Protonotarien nur per modum conclusi beschreiben lassen, und in die Mainzische Kanzley um durch uns auf nächst künftiger Reichsversammlung mit Rath und Gutachten gemeiner Ständ publiciren zu lassen, schriftlich überschicken, gleichwohl sollen Cammerrichter und Beysitzer immittelst solcher verglichenen Punkten *in decernendo processus et decidendo causas* gemäß sich verhalten."
Die nämlichen Ausdrücke sind auch im Kon-

zept

zept der Kammergerichtsordnung v. 1613 wiederholet *xxx*).

Endlich empfiehlt der Jüngst. R. Absch. *yyy*) nochmals nachdrücklich "so viel die — Contraritäten und *praejudicia Cameralia* anbelanget — sollen die Assessores solche gegen einander laufende praejudicia in alle Weg verhüten helfen, und da sich dergleichen Fälle begeben würden, vordersamst *in pleno* sich eines gewissen vereinbaren."

§. 25.

Zweige der provisorischen Gesetzgebung der höchsten Reichsgerichte. — Was wahre reichsgerichtliche Präjudizien sind?

Also nur die Gewohnheiten der Reichsgerichte, welche Ausflüsse der provisorischen Gesetz-

xxx) Mit dem einzigen Unterschiede, daß diejenigen Stellen des R. A. v. 1570, welche den Kammergerichts-Gebrauch und Stil überhaupt angehen, Th. I. Tit. 19. auch Tit. 22. §. 4. hingegen, was kontroverse Rechtssätze betrift, von jener Stelle getrennt Th. I. Tit. 16. §. 5. vorkömmt.

yyy) §. 136.

setzgebung sind, haben die Würkung interimistisch verbindender Normen. Sie betreffen

I) den kammergerichtlichen Stil. Dahin ist alles zu rechnen, was das Formelle des reichsgerichtlichen Prozesses betrift. Da sie meistens den Partheyen und Procuratoren zur Norm dienen sollen, so werden sie bey öffentlicher Audienz bekannt gemacht, und heisen deßwegen gemeine Bescheide (decreta communia).

Nach der Absicht der erwähnten Reichsgesetze beschäftigen aber auch die provisorische Gesetzgebungsgewalt der Reichsgerichte; II) solche Bestimmungen, welche entweder in das Materielle des Prozesses, oder in andere zweifelhafte und bestrittene Rechtsfragen einschlagen. Diese Normen haben den Namen der Schlüsse des vollen Raths (Senatus consulta Cameralia) zzz)

Diese

zzz) Damit stimmt auch v. Ludolf überein. S. Desselben Animadvers. ad Observ. Magenhorst. Obs. 24. in seinem Jur. Camer. pag. 382.

Diese beyde leztere Gattungen provisorischer Gesetze, kann man auch, wenn man will, Präjudizien nennen; aber wenn dieser Ausdruck einen Sinn mit rechtlicher Würkung verbunden haben soll, so kann er auch nur einzig und allein von den auf die eben erwähnte Art entstandenen Bestimmungen gebraucht werden. Denn so angelegen die ältern und neuern Reichsgesetze die Einförmigkeit und Erhaltung des ältern Stils und löblichen Gebrauchs zum Augenmerk haben, so findet sich doch weder eine ausdrückliche noch analoge Stelle, wo den Entscheidungen einzelner Senate eine verbindende Kraft für künftige Fälle beygelegt wird. Nicht einmal, wenn auch mehrere Entscheidungen gleicher Art in ähnlichen Fällen, sey es in mehrern oder einem Senate, erfolgt sind, und die übrigen Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts der gemeinen Theorie zufolge, vorhanden wären, können solche gleichförmige Aussprüche als verbindliche Regeln angesehen, und mit dem Namen reichsgerichtlicher Präjudizien belegt werden.

werden. *aaaa*) Denn wenn die Gesetzgeber des Reichs dergleichen gerichtliche Gewohnheitsrechte hätten aufkommen lassen wollen, so wäre es überflüssig gewesen, den Reichsgerichtshöfen eine eigene provisorische Gesetzgebungsgewalt zu verleihen. Da sie also die Verbindlichkeit dergleichen gerichtlichen Gewohnheiten nicht ausdrücklich anerkannt haben, so treten die im zweyten Abschnitte ausgeführten Grundsätze ein.

Uebri-

aaaa) *Deckherr* (Vind. pro Veritate et Justit. Rei Camer. Tit. II. N. 24. pag. 30 seq.) sagt: „Nullibi Assessores ad res a maioribus judicatas multo minus a scriptore quodam privato annotatas, sed ad suam conscientiam et eruditionem non alius, tanquam ad altaria juraverant. — Camerales si Assessores sunt, procul dubio ex gloriosa virtute sua et eruditione aestimabuntur: Praejudicia tamen a Gailio, Mynsingero, aliove Collega accipere vereor, ne illustres Collegae recusent, qui sua judicant, non aliena conscientia; — neque vindicanda istis scriptoribus, quamvis olim Assessoribus, praejudicatoria in Judicium potestas, qui in scribendo privatam in consultando solam senatoriam habuere.„

Uebrigens ist keineswegs in Abrede zu stellen, daß die Sammlung und Kenntniß dergleichen in einzelnen Senaten gefällten Urtheile, in Hinsicht der Klugheit, manche Brauchbarkeit haben, und nicht wenig Nutzen gewähren; sie können z. B. den Richter aufmerksam machen, wie ehedem gesprochen worden ist; sie können veranlassen, daß die Gründe der ältern Entscheidungen vorgesucht, und benutzt werden; sie geben den Partheyen und Sachwaltern eine wahrscheinliche, zuweilen an Gewißheit gränzende Vermuthung, daß in ähnlichen Fällen auf eben die Art werde gesprochen werden u. dgl. *bbbb*) Deßwegen bleiben auch Sammlungen der reichsgerichtlichen Entscheidungen immer schätzbare Beyträge zur Erweiterung der Rechtswissenschaft, und es ist ihnen eben das Verdienst nicht abzusprechen, was andere Untersuchungen und Bemerkungen der Rechtsgelehrten haben können. *cccc*)

§. 26.

bbbb) *Deckherr* l. c.

cccc) Wer wird daher nicht Cramern für seine gute Meinung Dank wissen, daß er durch

 seine

§. 26.

Provisorische Gesetzgebungsgewalt des Reichshofraths.

Auch am kaiserl. Reichshofrathe giebt es gemeine Bescheide und Schlüsse des Plenums. Ihre Verbindlichkeit beruht auf den nemlichen Gründen, aus welchen die provisorischen Gesetze des Kammergerichts fließen. *dddd)* Nur darin zeigt sich eine Anomalie, daß das Kammergericht in Ausübung seiner provisorischen Gesetzgebungsgewalt etwas freyere Hände hat, als der Reichshofrath. Jenes kann gemeine Bescheide und Plenumsschlüsse festsetzen, ohne höhere Bestätigung; dieser ist hierin an ein Gutachten an den Kaiser (Votum ad imperatorem) gebunden, worauf sodann die weitere höchste Entschliessung er-

seine Nebenstunden und Beyträge eine Gleichheit in judicando bey dem Reichskammergerichte erhalten wollte? S. Seine Nebenstunden Th. III. N. XXVI. pag. 160.

dddd) Danz Grundsätze des Reichsgerichts-Prozesses §. 88. *Kipping* de Senatusconsultis suprem. imp. tribunal. Cap. II. §. 26.

erwartet werden muß. Denn wenn, nach der Analogie der Reichshofrathsordnung eeee) und K. Wahlkapitulation ffff) in allen Sachen von wichtigem Belange das Gutachten an den Kaiser erfordert wird, so gehört es gewiß da zum wesentlichen Requisit, wo ein provisorisches Gesetz künftigen Entscheidungen zum Grunde gelegt werden soll. gggg) Es kann die Frage entstehen: ob nicht die reichshofräthlichen gleichförmigen Entscheidungen, die nach erstattetem Votum ad imperatorem die kaiserl. Genehmigung erhalten haben, eben so wie die förmlichen und ausdrücklichen Schlüsse des Plenums, von Verbindlichkeit für künftige Fälle sind? Wer nach dem alten Glauben von der Anwendbarkeit der römischen Gesetze auf deutsche Staatsverhältnisse getreu ist, mögte die Frage sehr leicht bejahen, da bekanntlich die römischen Kaiser durch ihre Dekrete und Entscheidungen allgemeine Gesetze ge-

eeee) Tit. V. §. 18. u. 20.

ffff) K. W. K. Art. XVI. §. 15.

gggg) *Kipping* l. c. §. 28.

Staats-Bibliothek Bamberg

ben konnten *hhhh*). Allein die Stimme dieses Orakels fragt man hier vergebens um Rath. Nach der Grundverfassung des deutschen Reichs wird die oberstrichterliche Gewalt sowohl am Kammergerichte, als am Reichshofrathe im Namen des Kaisers geübt; die gesetzgebende Gewalt in Ansehung des ganzen Reichs hingegen kömmt Kaiser und Reich zusammen zu. Die Einwilligung des Kaisers in einzelne gelegenheitliche Entscheidungen ist daher nicht hinlänglich, denselben den Charakter verbindlicher Präjudizien aufzudrücken, wenn sie nicht auf die reichsgesetzmäßige Weise, als provisorische Gesetze für künftige Fälle, durch förmliche Schlüsse des Plenums angenommen worden sind.

§. 27.

Allgemeiner Grundsatz zur Bestimmung der Gränzen dieser Gewalt.

Die Gränzlinien dieser provisorischen gesetzgebenden Gewalt lassen sich am zuverlässigsten durch

hhhh) L. 3. D. de leg. l. 1. D. de constit. princ.

durch die Bestimmung ihrer wahren Absicht ziehen. Schon aus dem vorhergehenden ergiebt sich, daß dieses Vorrecht der Reichsgerichte auf einer doppelten Triebfeder ruhet. Einmal wollte man dadurch dem damals noch unvollständigen Gebäude des Reichsgerichtsprozesses eine successive Ergänzung und Verbesserung, und den am Gerichte unvermeidlich einreissenden Mängeln und Mißbräuchen an der Quelle Abhülfe verschaffen. Dann gieng auch der Zweck dahin, dadurch eine Einförmigkeit in den reichsgerichtlichen Entscheidungen zu bewirken. iiii) Denn dieser

 konnte

iiii) Stryk (Usus mod. Pand. Tit. IV. §. 2.) beleidigt daher den offenbaren Sinn der Reichsgesetze, daß er die provisorische Gesetzgebung der Reichsgerichte nur auf Sachen, die die Prozeßordnung betreffen, einschränken will, und zwar weil der §. 136. des J. R. A. nur dahin deute. Die vor diesem Reichsabschiede gegangenen Verordnungen, besonders der R. A. v. 1570. §. 77. enthält es unumwunden, daß die provisorische gesetzgebende Gewalt auch auf zweifelhafte Rechtsfragen sich erstrecken soll, und der

konnte nicht dadurch erreicht werden, daß man bloße Gerichtsgewohnheiten, denen es ohnehin an einem rechtlichen Fundamente fehlte, sich bilden ließ, noch weniger dadurch, wenn über jede zweifelhafte Rechtsnorm erst die authentische Interpretation von Kaiser und Reich abgewartet werden sollte. Zur Bezeichnung der Gränzen provisorischen Gesetzgebungsgewalt der Reichsgerichte läßt sich daher kein anderer allgemeiner Grundsatz abstrahiren, als daß dieses Privilegium der Reichsgerichte, ein einsweiliges Surrogat, (in Sachen, die die Form des Prozesses betreffen,) einer freyen Gesetzgebung, und (in streitigen Rechtsfragen) — einer authentischen Interpretation seyn soll.

§. 28.

der J. R. A. giebt bloß eine generelle Einschärfung der ältern reichsgesetzlichen Verordnungen.

§. 28.

Nähere Entwicklung desselben

1) in Hinsicht der Art und Weise, wie dieses Recht ausgeübt wird.

Nach diesem Generalprinzip lassen sich nun die Gränzlinien näher bestimmen. Sie können von einer zweyfachen Seite betrachtet werden: 1) von der Seite der Art der Ausübung dieser Gewalt, und 2) von der Seite der rechtlichen Objekte, worauf sie sich erstrecket.

Was die erste Seite dieser Gränzen betrift, so tritt

I) dann, wenn in einem Senate des Kammergerichts oder im ganzen Reichshofrathe entweder mehrere, oder gleiche oder unter acht Beysitzern drey eine gesetzliche Norm zweydeutig und dunkel finden, *kkkk)* die Veranlassung zu

kkkk) Nach der Analogie der Kammerger. Ord. v. 1555. Th. I. Tit. 13. §. 10. "So sichs begäbe, daß die Assessores in votis spännig, und in zwey gleiche Theile zerfielen, oder aber daß unter achten drey aus

zu Ausübung der gesetzgebenden Provisionalgewalt ein. Es ist aber nicht genug, wenn die Meinungen blos über die Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung diskrepant sind; denn jeder, der in der Anwendung des Gesetzes aufs Faktum von dem andern abweicht, kann überzeugt seyn, seine Meinung sey dem klaren Gesetze gemäß; es muß deßwegen auch die Aeußerung geschehen, daß man das Gesetz wirklich dunkel finde, und nur eine muthmaßliche Auslegung versucht werden könne. Noch weniger ist es hinlänglich, wenn die streitenden Theile allein die Deutlichkeit eines Gesetzes bezweifeln, weil in dem Falle eine blos richterliche Auslegung der Natur der Sache und der Analogie der Gesetze nach statt haben kann. llll)

Sind

aus wichtigen, ansehnlichen, und tapfern Ursachen einer andern und sondern Meinung seyn würden, so soll alsdann die Sache oder der Punkt, darinn sie streitig, an den C. R. und die andern Assessores gelangen, und zu derselben Ermessen heimstehen — dieselbe in vollem Rath vorzunehmen."

llll) J. J. Mosers vermischte Schriften Th. II. S. 277.

Sind nun diese Erfordernisse vorhanden, dann steht es nicht mehr in der Willkühr der Reichsgerichte, ob sie von der provisorischen Gesetzgebungsgewalt Gebrauch machen wollen, oder nicht, sondern sie sind sogar dazu verbunden; es ist dann nicht mehr bloße Befugniß, sondern Pflicht, das dunkle Gesetz provisorisch zu erklären. Der Beweiß dieser Behauptung liegt nicht nur in dem Zwecke der angeführten Verordnungen, sondern schon in dem befehlenden Ausdrucke, womit jedwede derselben beginnt.

II) Ist nun eine Materie, worüber ein künftiges Provisionalgesetz entworfen werden soll, zur Berathung des vollen Raths gebracht, so entsteht die Frage: ob die Mehrheit der Stimmen über die Annahme der provisorischen Norm entscheiden kann, oder ob Einstimmigkeit erfordert wird?

Einige Rechtsgelehrte *mmmm*) scheinen das letztere anzunehmen, wovon ich mich aber nicht

 über-

mmmm) I. S. *Pütter* diss. de jure et officio suprem. imp. tribunalium circa interpretationem

überzeugen kann. Es ist nicht zu läugnen, daß durch die Aushebung der bloßen Worte in den oft angeführten Reichsgesetzen, diese Meinung einen nicht unbedeutenden Anstrich der Wahrscheinlichkeit gewinnen kann, indem es heißt: daß das Kammergericht sich eines einhelligen Brauchs u. dergl. vergleichen soll. nnnn) Behält man aber das Ziel, auf welches die Verleihung einer solchen provisorischen Gesetzgebung gerichtet war, unverrückt im Auge, so wird man leicht gewahr, daß durch diese Behauptung die Absicht der Reichsgesetzgeber, wo nicht vereitelt, doch sehr gestört wird. Denn wenn der Widerspruch eines einzigen Mitglieds des Plenums die Aufstellung eines Provisionalgesetzes zu verhindern vermag, und die Sache sodann an die authentische Erklärung des Reichs verwiesen werden soll, so gehören die Fälle, wo die provisorische Gesetzgebung der Reichstribunale ihre Wirkung

nem leg. imperii §. 51. in seinen Opusc. rem jud. imp. illustr. Nr. IV.

nnnn) Vgl. Vis. Abschied v. 1556. §. 7.

kung zeigen kann, gewiß unter die seltensten Erscheinungen; es würde also, nach dem Resultate jener Meinung, im Grunde eben so viel seyn, als wenn dergleichen Zweifel, ohne das Intermedium einer Provisionalgewalt, sogleich der Reichsgesetzgebung zur Entscheidung überlassen worden wären. Selbst das Wort vergleichen, kann sich um so weniger auf die Nothwendigkeit einer vollkommenen Uebereinstimmung aller Mitglieder des Plenums beziehen, als es selbst in einer andern Stelle oooo) von Rechtssprüchen in einzelnen Fällen gebraucht wird. Ueberhaupt muß, wenn die Regel, daß die Majorität der Stimmen entscheide, mit einer Ausnahme beschränkt werden soll, diese Beschränkung in ausdrücklichen Worten bestimmt seyn.

§. 29.

oooo) Kammerger. Ord. v. 1555. Th. I. Tit. 13. §. 10. "sich einer Urtheil zu vergleichen"

§. 29.

2) In Hinsicht der rechtlichen Objekte, worauf sie sich erstreckt.

Bey der Bezeichnung der Gränzen der Provisionalgewalt der höchsten Reichsgerichte in Hinsicht der Objekte, worüber sie sich verbreiten darf, ist

I) im Allgemeinen als ausgemacht anzunehmen, daß weder provisorlsche Normen gegen klare und ausdrückliche Bestimmungen der Reichsgesetze, oder der gemeinen recipirten Rechte, (contra leges) noch neue provisorische Normen über solche Verhältnisse, welche in den Gesetzen noch nicht bestimmt sind (praeter leges) von den Reichsgerichten festgesetzt werden können. Denn als Regel erlauben die Worte, und der Geist der mehrerwähnten Reichsgesetze mehr nicht als eine Auslegung. Nur scheint die Form des reichsgerichtlichen Prozesses eine Ausnahme zu erlauben. Vermöge der Kammergerichtsordnung Th. II. Tit. 36. wo dem Kammergerichte befohlen wird "jederzeit, wenn es die Noth-

durft erfordert, des Prozeß halben diese Ordnung zu declariren, zu bessern, auch weitere nothwendige Fürsehung und Ordnung fürzunehmen und zu machen" haben die Reichsgerichte gewiß die Befugniß, nicht nur neue Bestimmungen in Ansehung der Form des Prozesses festzusetzen, sondern auch sogar mit den bereits bestehenden, obgleich klaren Vorschriften darüber, wenn es nothwendig seyn sollte, provisorische Umänderungen vorzunehmen.

II) Die authentische Interpretation ist a) entweder mit solchen rechtlichen Normen beschäftiget, welche aus Verträgen oder der freyen Willkühr, die Rechte und Verbindlichkeiten stiften wollen, ihr Entstehen haben, oder b) mit solchen, welche aus der gesetzgebenden Gewalt geflossen sind. Im ersten Falle kömmt sie denjenigen zu, welche die Verträge unter sich errichtet, oder das rechtliche Geschäft unternommen haben; im andern hingegen dem Gesetzgeber, von dem das zu erklärende Gesetz entweder unmittelbar herrühret, oder der ihn in der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt

walt nachfolget. So wie nun der Gesetzgeber die Schranken seiner Befugnisse überschreiten würde, wenn er sich eine authentische Auslegung der Privatnormen der Unterthanen erlaubte, so ist auch eine Ausdehnung der provisorischen Gesetzgebung der Reichsgerichte auf dieselbe im rechtlichen Sinne unmöglich. Die Reichsgerichte können also nur solche streitige Rechtsnormen provisorisch interpretiren, welche Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt des Reichs sind. Privatnormen aber, wenn gleich eine größere Anzahl derselben in einem zweydeutig und dunkeln Ausdrucke oder Grundsatze übereinkommen sollte, können nie ein Gegenstand einer solchen provisorischen allgemeinen Erklärung werden. Der Fall könnte bey Verträgen der frühern Jahrhunderte und ihren Klauseln, überhaupt bey allen rechtlichen Erzeugnissen der deutschen Autonomie seyn, die häufig miteinander übereinkommen, und über deren Sinn eine Dunkelheit herrscht. *pppp*)

§. 30.

pppp) So lange die Reichsgerichte bey der blosen Doktrinalerklärung solcher Privatnormen

§. 30.

Fortsetzung.

III) Der Grundsatz, daß die provisorische Gesetzgebung der Reichsgerichte auf reichsgesetzliche Normen sich erstrecke, erfordert noch eine nähere Bestimmung. Sie ist in dem Unterschiede zwischen Fundamentalgesetzen und Privatgesetzen des Reichs zu suchen, ein Unterschied der Begriffe, der schon durch die Natur jeder bürgerlichen Gesellschaft gerechtfertigt wird. Unter jenen werden solche Gesetze verstanden, wodurch die Gränzen der höchsten Gewalt und ihre Verhältnisse zur gesammten Unterthanschaft gezeichnet, oder die Art und Weise, wie die höchste Gewalt des Staats

und

normen stehen bleiben, und die Dunkelheit derselben durch die Entscheidung der davon abhängenden Streitsache heben, so steht ihnen allerdings dieses Befugniß vermöge der richterlichen Gewalt zu. Aber die Erklärung solcher zweydeutigen Normen kann kein Vorwurf der Berathung des Plenums werden, und als ein Präjudizium künftigen Urtheilen zur Grundlage dienen.

und ihrer einzelnen Zweige ausgeübt werden soll, bestimmt werden; diese sind solche Verfügungen, wodurch die auf die höchste Staatsgewalt und ihre Theile nicht unmittelbar Bezug habenden Verhältnisse entweder zwischen dem Oberherrn und den Unterthanen, oder zwischen einzelnen, oder einzelnen Klassen der Unterthanen untereinander ihre Bestimmung erhalten. Die erstern sind nichts anders als Verträge der gesammten Staatsbürgerschaft untereinander, und mit dem, der die oberste Gewalt führt; sie können daher auch in Deutschland nicht anders, als durch Vergleich zwischen dem Kaiser, als dem Oberhaupte des Reichs, und den Ständen, als Repräsentanten der Reichsbürger und Unterthanschaft ihr rechtliches Daseyn erhalten. qqqq) Die letztern sind keine Resultate einer vertragsmäßigen Uebereinkunft, sondern Würkungen der kaiserlichen Machtvollkommenheit, die aber den Karakter der allgemeinen Verbind-

qqqq) Häberlins Handbuch des deutschen Staatsrechts Th. I. §. 39. Majers weltliches deutsches Staatsrecht Th. I. S. 119.

bindlichkeit für das Reich durch die **Einwilligung der Stände** erlangen. *rrrr*) Schon die Entwicklung dieser Begriffe führt auf die Schlußfolge, daß die Reichsfundamentalgesetze kein Gegenstand der provisorischen Gesetzgebung der Reichsgerichte seyn können; da ihre rechtliche Genesis nicht in der privatgesetzgebenden Gewalt des Reichs, sondern in gegenseitigen Verträgen zwischen Kaiser und Reich lieget.

Aus eben diesem Grunde können IV) die **Fundamentalgesetze der Territorien** nicht in den Würkungskreis der reichsgerichtlichen Provisionalgesetzgebung gezogen werden. Denn sie sind Verträge zwischen dem Landesherrn und der Landschaft, deren authentische Interpretation nur den Paziszenten zukömmt. Aber auch die provisorische Erklärung der Territorialprivatgesetze, welche nicht sowohl die **gemeinen** Rechtsverhältnisse als **eigene Landesinstitute** und **Gewohnheiten** be-

rrrr) J. P. O. Art. VIII. §. 2. K. W. K. Art. II. §. 45. Art. IV. §. 1.

betreffen, mittelst förmlicher Rathsschlüsse liegt außer der Sphäre der reichsgerichtlichen Gewalt. Freylich waren es die nämlichen deutschen Landesherrn, welche als Stände des Reichs den Reichsgerichten die provisorische Gesetzgebung anvertrauten; allein wenn sie, bey Verleihung dieser Gewalt, den Reichsgerichten eben den Einfluß auf ihre besondere Landesgesetze, wie auf die Reichsprivatgesetze hätten einräumen wollen, so würden sie, nicht damit zufrieden, dieses gezwungenen Folgerungen aus Gesetzstellen, deren Worte davon gar nichts enthalten, zu überlassen, sich ganz kategorischer Bestimmungen bedient haben. Uebrigens versteht sichs von selbst, daß hier nur von Festsetzung von solchen Provisionalerklärungen deutscher Territorialgesetz, welche die Entscheidung künftiger Fälle leiten sollen, die Rede ist; die eigentliche richterliche Erklärung sowohl deutscher Landesgrund, als Privatgesetze kann auch hier (§. 29. u) den Reichsgerichten keinesweges in Anspruch genommen werden.

§. 31.

Prüfung einiger abweichenden Meinungen.

Pütter ssss) stellt als den Gränzstein, über welchen die Reichsgerichte überhaupt keine Auslegung der Reichsgesetze rechtlich wagen könnten, den Grundsatz auf: Dann müßten die Reichsgerichte der Interpretation der Reichsgesetze sich enthalten, und die Sache an den Reichstag zur authentischen Auslegung verwiesen werden, wenn die Erklärung des Gesetzes nicht nur unter denjenigen streitig sey, die eine einzelne dahin sich beziehende Rechtssache an einem der höchsten Reichsgerichre anhängig hätten, sondern wenn solche auch zugleich jene mit angehe, deren Differenzien nicht zum Umfänge der reichsgerichtlichen Jurisdiktion gehören, aber doch entschieden würden, wenn die Reichsgerichte die Interpretation jenes Gesetzes sich anmaßten. Zur Erläuterung führt derselbe die reichsgesetzlichen Bestimmungen über das Postwesen, über die Mehrheit der Stimmen, und das entscheiden-

ssss) Diss. cit. §. 14. 43. vorzüglich 53.

de Votum des reichsstädtischen Kollegiums, über das Verhältniß des katholischen zum protestantischen Religionstheil u. dgl. an.

Dieses Unterscheidungsprinzip ist in der Natur der deutschen Staatsverfassung ganz gegründet, wenn es die Gränzen der provisorischen Gesetzgebung der Reichsgerichte bezeichnen soll, und kömmt in so weit mit den kurz vorher (§. 30. III.) angenommenen Sätzen überein. Indem die höchsten Reichsgerichte provisorische Erklärungen reichsgesetzlicher Bestimmungen durch förmliche Rathsschlüsse festsetzen, so hören sie auf, bloße Richter zu seyn, und erheben sich mittelst einer durch die Reichsverfassung begünstigten Anomalie, in die Sphäre, obgleich nur interimistischer Gesetzgeber. Der Zweck dieser Abweichung kann aber nicht dahin gehen, daß die Reichsgerichte diese Art der gesetzgebenden Gewalt auch auf solche Normen erstrecken, über deren Erklärung die eigentliche Reichsgesetzgebungsgewalt d. i. Kaiser und Reich, oder einzelne Theile des letztern streitig sind. Allein es können doch dergleichen Kontroversen auch Gegenstände

der

der reichsrichterlichen Beschäftigung werden, in dem Falle nämlich, wenn Streitigkeiten unter einzelnen Reichsständen oder Unterthanen auf ein solches zweifelhaftes oder bestrittenes Reichsgesetz Bezug haben, und darauf einzig ihre Entscheidung beruhet. Dann erscheint Pütters angeführte Thesis, wenn sie auch auf den letzten Fall angewendet werden soll, als eine unrichtige Behauptung. Denn wenn einmal die Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte in einer Sache gegründet ist, oder nicht in Abrede gestellt wird, daß dergleichen Streitigkeiten für dieselbe gebracht werden können, so tritt dann der volle Umfang der richterlichen Gewalt ein, und die Reichsgerichte können in der richterlichen Auslegung, in so weit solche zur Entscheidung des vor sie gebrachten Rechtsstreites nothwendig ist, keinesweges beschränkt werden. Ihre Entscheidung wird auch in dem Falle, so wie andere richterliche Judikata, für die litigirenden Theile gesetzliche Norm.

§. 32.

Fortsetzung.

Kipping hat zwar das Verdienst, der erste gewesen zu seyn, der eine eigene Untersuchung über die provisorische Gesetzgebung der Reichsgerichte lieferte; einige seiner Behauptungen untergraben aber zu tief dieses wichtige Vorrecht der höchsten Reichstribunale, als daß ihre Prüfung nicht von Interesse seyn sollte.

Er hält dafür, daß die Reichsgerichte nur in so weit das Recht hätten die Reichsgesetze über den Prozeß auszulegen, oder etwas an ihren Dispositionen zu ändern, oder neue Verfügungen zu treffen, als ein besonderer Nothfall eine solche provisorische Bestimmung abdringe; er führt sonach, nach Maßgabe der gemeinen Rechtstheorie, diejenigen Fälle aus, wo dergleichen reichsgerichtliche Provisionen statt finden könnten. *tttt*)

Allein Kipping versteht den Ausdruck in den Reichsgesetzen "Fürsehung thun" und das darauf

tttt) *Kipping* l. c. C. II. §. 14—20.

auf beruhende provisorische Recht der Reichsgerichte irrig von der veranlassenden Ursache, warum dergleichen provisorische Normen festgesetzt werden; jener Ausdruck bezieht sich blos auf die temporäre Dauer derselben, die nur so lange, als sie durch die Reichsgesetzgebung nicht aufgehoben, oder verändert werden, von rechtlicher Würkung sind. Nur Nothdurft kann die Ausübung der Provisionalgewalt rechtfertigen; aber diese Nothdurft, welche die Reichsgesetze verlangen, ist schon vorhanden, wenn Dunkelheiten die Anwendung der Gesetze erschweren, oder unzweckmäßige und veraltete Verfügungen des Prozesses der Gerechtigkeitspflege im Wege stehen.

Der angeführte Staatsrechtslehrer behauptet weiter, in Ansehung des andern Zweiges der provisorischen Gesetzgebung der Reichsgerichte, die Stelle des R. A. v. 1570. §. 17. "Daneben auch diejenigen opiniones, so bey den Rechtsgelehrten ganz streitig, aber in relationibus causarum mit Approbation des ganzen Raths angenommen seynd, mit Fleiß zu collegiren, und in die Maynzische Canzley zu

schicken"

schicken" sey so auszulegen, daß die Reichsgerichte nicht diejenige Meinung, welche sie für die wahre hielten, provisorisch mit dem Stempel der Gesetzmäßigkeit bezeichnen könnten, sondern sie seyen in Aufstellung solcher provisorischer Entscheidungsnormen an ererbte und durch das Herkommen geheiligte Meinungen gebunden. uuuu)

Diese Beschränkung ist aber eine eben so willkührlich angenommene Bedingniß als die vorige. Warum sollen die Reichsgerichte bey dem Gebrauche der ihnen überlassenen provisorischen Gesetzgebung an solche Entscheidungen gebunden seyn, welche am häufigsten bey denselben vorgekommen sind? Hätten die Gesetzgeber des Reichs in der That blos die bey den Reichsgerichten durch Herkommen eingeführte Entscheidungsart in Schutz nehmen, und gleich provisorischen Gesetznormen gelten lassen wollen, so wäre es sehr überflüssig gewesen, zum ersten Erfordernisse der reichsgerichtlichen Präjudizien zu machen, daß sie durch Beschlüsse und Vereinigungen des vollen Raths ihre Existenz erhalten

uuuu) *Kipping* l. c. C. II. §. 13. u. 25.

halten sollen. Nein der Zweck der Reichsgesetzgebung war sehr weise dahin gerichtet, statt des wankenden Gerichtsgebrauchs die sichereren Pfeiler der provisorischen Schlüsse des vollen Raths zu unterschieben, und daher weit entfernt, die freye Ueberzeugung der Beysitzer der höchsten Reichsgerichte in Bestimmung dieser provisorischen Grundsätze an die Fesseln der hergebrachten Meinung zu ketten.

§. 33.

Würkungen der reichsgerichtlichen Präjudizien in Hinsicht des höchsten Reichsgerichts, wo sie entstanden sind.

Wenn nun ein mit den gehörigen Erfordernissen versehenes Präjudizium bey den höchsten Reichsgerichten vorhanden ist, so hat es der Natur der Sache nach folgende Würkungen:

1) die reichsgerichtlichen Urtheile, Mandate ꝛc. die sich auf solches beziehen, haben eben den rechtlichen Werth, als die reichsgerichtlichen Judikaten, welche auf ausdrücklichen Gesetzen beruhen.

2) So wenig ein Rekurs an den Reichstag gegen Entscheidungen der höchsten Reichsgerichte, welche durch offenbare unbestrittene Gesetze gerechtfertigt sind, statt hat, so wenig kann auch von solchen Urtheilen, welchen ein rechtmäßiges Präjudiz zum Grunde liegt, an die gesetzgebende Gewalt berufen werden.

3) Welche Rechtsmittel anderer Seits dem gegen klare Gesetze Verurtheilten zustehen, diese kommen auch demjenigen zu Hülfe, der gegen unbestreitbare Präjudizien seine Rechtssache verloren hat. Diesem zufolge muß

4) der reichsgerichtliche Referent eben so genau in seinem Vortrage ein solches auf den vorliegenden Fall einschlagendes Präjudizium anführen; und die stimmenden Beysitzer sind mit eben der Gewissenhaftigkeit darauf Rücksicht zu nehmen verbunden, wie auf eine allegirte gesetzliche Disposition. Wird deßwegen

5) ein wahres reichsgerichtliches Präjudizium von einem Referenten oder Beysitzer wider besseres Wissen und Gewissen verschwiegen,

gen, oder unterdrückt, so hat gegen solchen die Syndikatsklage statt. Wird aber aus Unwissenheit oder Uebereilung dasselbe nicht in Erwägung gezogen, so giebt die Analogie der Gesetze dem unterliegenden Theile eine actio in factum gegen den Fehlenden.

§. 34.

Ihre Verbindlichkeit für Territorialgerichte.

Die praktische Beantwortung der Frage: Ob die Territorialgerichtshöfe in ihren Entscheidungen an die Präjudizien der höchsten Reichsgerichte gebunden sind? hängt gewöhnlich mehr von der Gewohnheit, und dem größern und geringeren Ansehen der Reichstribunale in einem und dem andern Lande, als vom Uebergewichte theoretischer Gründe ab. *vvvv*)

Daß

vvvv) Was **Mevius** in den Decis. P. IX. dec. 30. und in den Consiliis posthum. Cons. 20. n. 12., auch was **Berger** Oeconom. juris p. 15. zur Entschöpfung dieser Frage vorbringen, ist sehr unbefriedigend.

Daß Präjudizien der obersten Justizstellen, nach dem vulgären Sprachgebrauche, für Untergerichtsstellen keine verbindende Entscheidungsnormen sind, läßt sich aus der im zweyten Abschnitte versuchten Ausführung ohne Mühe folgern, da sie sogar für die nämliche Gerichtsstelle, wo sie entstanden sind, keine Verbindlichkeit haben; und ist zur Unterstützung dieser Behauptung so wenig nothwendig, sich auf l. 12. D. de officio praesid. *wwww*) zu berufen, als zur Entkräftung der entgegengesetzten Meinung den wahren und ächten Gebrauch des §. ult. J. de satisdat. *xxxx*) darzulegen. Es kann also eben so wenig der bloßen

wwww) "sed licet is, qui provinciae praeest, omnium Romae magistratuum vice et officio fungi debeat: non tamen spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat."

xxxx) "Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere censemus: quum necesse sit, omnes provincias, caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam sequi."

ßen Gewohnheit nach gewissen Grundsätzen zu urtheilen, die in einem Senate des Kammergerichts oder zufällig in allen Senaten zusammen, oder am Reichshofrathe ohne die reichsgesetzmäßige Verfahrungsweise entsteht, eine verbindliche Kraft für Territorialgerichte beygelegt werden.

Sind aber die Präjudizien an den höchsten Reichsgerichten auf die gesetzmäßige Art zu Stande gekommen, so betreffen sie entweder solche rechtliche Gegenstände und Verhältnisse, welche durch die Territorialgesetze oder durch rechtmäßig entstandene Gewohnheiten in einem deutschen Reichslande schon entschieden sind, oder nicht. Im ersten Falle haben die wahren reichsgerichtlichen Präjudizien keinen nothwendigen Einfluß auf die richterlichen Aussprüche des Territorialgerichtshofes und die Beysitzer sind nicht an diese gebunden. Denn da die Präjudizien nur provisorische Gesetze seyn sollen, so können sie selbst an den Reichsgerichten in Rechtssachen aus solchen Landen nicht Platz haben, in deren Territorialgesetzen oder Landesgewohnheiten

für

für diese Fälle Vorsorge getroffen ist; vielweniger sind sie also dann für die Territorialgerichte als gesetzliche Normen zu betrachten.

Im andern Falle aber ist die Verbindlichkeit der reichsgerichtlichen Präjudizien für die landesherrlichen Gerichtshöfe keinem gegründeten Zweifel ausgesetzt. Ist in einem Reichslande kein Gesetz oder keine Gewohnheit für ein rechtliches Verhältniß vorhanden, oder die existirende Norm ist dunkel und bestritten, so treten die reichsgesetzlichen Bestimmungen als subsidiarisches deutsches Recht ein. Wenn nun die Präjudizien einstweilige Surrogate der mangelhaften oder undeutlichen Reichsgesetze sind, so müssen die erstern, eben so wie die letztern, die Entscheidungen der Territorialgerichte bey zweifelhaften und unbestimmten Landesgesetzen leiten. Um übrigens auch den Schein eines Widerspruchs mit dem was oben (§. 30. IV.) vorkam, zu entfernen, muß ich beyfügen, daß hier blos von Bestimmungen der gemeinen Rechtsverhältnisse, nicht von jenen, welche besondere Landessitten und Landesinstitute betreffen, die Rede ist.

Verbesserungen.

Seite	5	lies auf der letzten Zeile dienet.	
—	9	Zeile 3	l. könnte.
—	15	— 19	l. Antinomien.
—	22	— 1	l. empfohlen.
—	23	— 1	l. Leyser.
—	—	not. v) z. 6	l. Wolf.
—	26	— 9	l. dem materiellen.
—	42	— 13	l. Identität.
—	43	— 10	l. Wiederkäuungen.
—	50	— 12	l. werden.
—	52	auf der letzten Zeile	l. noch
—	53	— 13	ist n a ch wegzulassen.
—	54	— 9	l. mit Wissen.
—	—	— 19	l. nicht.
—	64	not. aaa)	l. Erhards.
—	73	— 1	l. welche.
—	—	— 16	l. wurden.
—	74	— 4	nach römischen setze Rechts.
—	—	— 5	l. Roms.
—	86	— 19	l. gleichförmigen.
—	89	— 8	ist halben wegzulassen.

Seite 94 Zeile 13 ist das ; wegzulassen.
— 102 — 8 nach Gränzen lies der.
— 109 — 15 nach Willkühr setze derjenigen.

In dem Bogen H sind die Seitenzahlen durch Versehen des Setzers unrichtig, und muß daher bey demselben statt 105 gesetzt werden 113 und so weiter bis ans Ende.

Staats-Bibliothek Bamberg

7X-6

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Haus, Ernst August,

Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs sowohl an den teutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten

Erlangen 1798

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.p.o.92-a
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11707168-2
VD18 1470563X-001